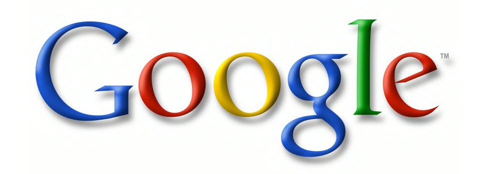
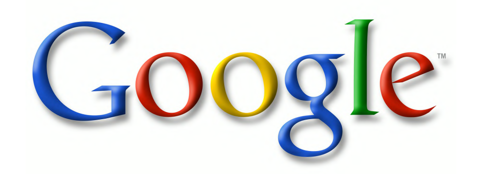








Netherlands

7

DIE LEHRE DER RECHTSSOUVERÄNITÄT

BEITRAG ZUR STAATSLEHRE

VON

DR H. KRABBE



VERLAG VON J. B. WOLTERS — GRONINGEN, HAAG



DIE LEHRE DER RECHTSSOUVERÄNITÄT.

DIE LEHRE DER RECHTSSOUVERÄNITÄT.

BEITRAG ZUR STAATSLEHRE

VON

DR. H. KRABBE,
PROFESSOR DES STAATSRECHTS AN DER UNIVERSITÄT GRONINGEN.

VERLAG VON J. B. WOLTERS IN GRONINGEN, 1906.

Druck von J. B. Wolters.

Diese Schrift, deren Gegenstand im ersten Paragraphen erläutert ist, wurde in der niederländischen Sprache, meiner Muttersprache, abgefasst. Weil ihr Inhalt aber der allgemeinen Staatslehre angehört, also auch für das Ausland Interesse hat, wird sie in einer Ausländern zugänglicheren Sprache veröffentlicht.

Die Übersetzung verdanke ich der Gefälligkeit eines Freundes, der sich dieser Arbeit unter der Bedingung der Anonymität unterzogen hat. Auf sein Verlangen bitte ich die deutschen Leser, Stil und Ausdruck nachsichtig zu beurteilen. Sachlich ist der Inhalt richtig wiedergegeben.

GRONINGEN, October 1905. H. K.

INHALTSVERZEICHNIS.

ERSTES KAPITEL.

STAATS- UND RECHTSSOUVERÄNITÄT.

ZWEITES KAPITEL.

DIE LEHRE DER STAATSSOUVERÄNITÄT UND DAS RECHT.

DRITTES KAPITEL.

HISTORISCHER DUALISMUS VON STAATS- UND RECHTSGEWALT.

VIERTES KAPITEL.

DIE LEHRE VON DER STAATSSOUVERÄNITÄT.

—

FÜNFTES KAPITEL.

DIE GRUNDLAGE DER OBRIGKEITLICHEN GEWALT.

SECHSTES KAPITEL.

DER STAAT.

ERSTES KAPITEL.

STAATS- UND RECHTSSOUVERÄNITÄT.

1. Das Problem. Wenn man an die Frage, wie die Begriffe *Staat* und *Recht* sich zueinander verhalten, unbefangen herantritt, sieht man nicht ein, dass dabei von einem Problem die Rede sein könne.

Leitet nicht auch der Staat, wie jede andere, natürliche oder Rechtsperson, seine Befugnisse aus dem Recht ab? Will man die Befugnisse irgend einer bestimmten Person, deren Rechte, kennen lernen, dann genügt es, die Quellen, aus welchen Rechte ihren Ursprung nehmen, zu Rate zu ziehen. Mithin hätte man das in Gesetzen, Gewohnheiten, Verträgen, der Jurisprudenz enthaltene Recht zu erforschen, um die Rechte jener Person festzustellen. Wendet man dieses einfache Verfahren auch auf den Staat an, dann wären die Befugnisse des Staates leicht zu ermitteln, so dass hier für ein Problem kein Raum bliebe.

So scheint es und so würde es sich auch wirklich verhalten, wenn man sich nicht die Beziehung des Staates zum Recht ganz anders zu denken pflegte als bei jeder andern Person. Dieser Unterschied findet seine Ursache in der besonderen Natur, welche dem Staate zugeschrieben wird. Während jede andere Person Befugnisse und Ansprüche dritten gegenüber nur in dem Masse besitzt, als sie ihr durch das Recht zuerkannt wurden, ist man

der Meinung, dass der Staat, unabhängig von solcher Zuerkennung durch das Recht, solche Befugnisse und Ansprüche zur Geltung bringen kann, weil es in seiner Natur begründet liegt.

Welche ist nun diese Natur? Wenn wir zur Beantwortung dieser Frage vorläufig bloss beim deutschen Staatsrecht in die Lehre gehen, dann ergibt sich, dass die Eigentümlichkeit des Staates in seiner *Macht* beruht. Das Wesen des Staates besteht darin, zu herrschen. Seitdem VON GERBER in seinen „Grundzügen des Deutschen Staatsrechts" diesen Gedanken durch seinen Ausspruch: „Die rechtliche Äusserung der Staatsgewalt ist *das Herrschen*" besonders zum Ausdruck gebracht hat, ist dieser Charakter des Staates im deutschen Staatsrecht zum Ausgangspunkt der späteren Auseinandersetzungen geworden. Von massgebenden Schriftstellern der letzten Zeit zitiere ich JELLINEK, der in seinem jüngsten Werk [1], in Anschluss an frühere Publikationen, sagt: „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen." Und um uns nicht darüber im ungewissen zu lassen, was mit der Herrschermacht gemeint sei, fügt er hinzu [2], dass diese darin besteht, „die Fähigkeit (zu) haben, seinen Willen andern Willen *unbedingt* zur Erfüllung auferlegen, gegen andere Willen *unbedingt* durchsetzen zu können". Die gleiche Ansicht findet sich bei OTTO MAYER [3], der die dem Staate von Natur zustehende Macht definiert, als „die Fähigkeit eines rechtlich überwiegenden Willens"; ferner auch bei

[1]) Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 159.
[2]) l. c. S. 158.
[3]) Deutsches Verwaltungsrecht, 1895, I S. 67.

LABAND[1]), der die spezifische Wirkung des Staates im *Herrschen* findet, worunter die Macht, bindende Befehle zu erlassen, zu verstehen sei.

Dem natürlichen Herrscherrecht gegenüber, das dem Staate gehört, befindet der Mensch sich in einem Zustande der Unterwürfigkeit. Dem Rechtsmehrwert des Staates gegenüber ist der einzelne rechtsminderwertig, welcher Zustand zum Ausdruck kommt durch die Qualifizierung als *Untertan*, mit dem damit verknüpften Begriff des pflichtschuldigen Gehorsams gegen den Staat als herrschendes Subjekt. Untertan und Obrigkeit bilden auch den Gegensatz, aus welchem in den Niederlanden DE SAVORNIN LOHMAN[2]) vorzugsweise argumentiert.

Es ist einleuchtend, dass bei solcher Auffassung die Beziehung zwischen Staat und Recht verschieden sein muss von jener, in welcher sich der einzelne zu dem Rechte befindet. Der Staat hat von Haus aus gegen den Bürger Rechte, und der Bürger hat von Haus aus gegen den Staat Pflichten. Angenommen wird also, dies sei hier konstatiert, das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Bürger und dem Staat, unabhängig von jedem positiven Recht.

Dieser Gesichtspunkt zwingt zu mancherlei Fragen. Vor allem: Woraus entspringt dem Staate dieser spezielle Charakter, kraft dessen er rechtsmehr- und der Bürger ihm gegenüber rechtsminderwertig sein soll?

Man antwortet: Diesen Charakter besitzt er von Natur. Die Staatsmacht ist eine Naturkraft, welche,, im Staate, als der wichtigsten Sozialform der Menschheit, ursprüng-

---

[1]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2e Aufl., I S. 515.

[2]) Onze Constitutie, 1901, passim.

lich enthalten ist"[1]); „der Staatswille ist mit dieser (der öffentlichen Gewalt) ausgestattet *von Natur*" sagt MAYER[2]; „der Staat ist die mit *ursprünglicher* Herrschermacht ausgestattete Verbandseinheit", sagt JELLINEK[3].

Wir stehen hier also vor einer *Tatsache*. Der Staat hat einen Vorsprung vor dem einzelnen Menschen, kraft seiner unabhängig vom Rechte vorhandenen Macht, Autorität, Befehlsbefugnis, oder wie man diese Superiorität des Staates sonst nennen will.

Ich verlange aber eine Erklärung jener Tatsache. Was zwingt mich anzunehmen, dass, während bei jedem anderen, Autorität oder Gewalt nur Ergebnis des positiven Rechtes sein kann, der Staat sie unabhängig von solchem Recht haben soll? Ich frage ferner: Wenn die Autorität des Staates Tatsache ist, wie kann dann von einem Befehls*recht*, von einem *Rechts*mehrwert die Rede sein? Wäre es nicht richtiger, die Beziehung zwischen dem Bürger und dem Staat ein *Machts*verhältnis statt ein *Rechts*verhältnis zu nennen? Weiter frage ich: Angenommen die Staatsautorität sei anerkannt, wie verträgt sich damit eine auch für den Staat geschriebene Rechtsordnung? Hat eine solche Rechtsordnung gleiche Autorität oder höhere Autorität oder geringere Autorität? Und ist solche höhere, gleiche oder geringere Autorität ebenso ursprünglich wie die des Staates? Gibt es also in der Gesellschaft einen *Dualismus* von Gewalt?

Ich suche auf alle diese Fragen eine Antwort und finde sie in dem Gegensatz, der das Staatsrecht aller Länder

---

1) VON GERBER, Grundzüge, S. 21.
2) l. c. S. 110.
3) l. c. S. 159.

beherrscht, in dem Gegensatz zwischen der Lehre von der *Staatssouveränität* und der Lehre von der *Rechtssouveränität.*

Die Lehre von der Staatssouveränität leitet jede Macht, jede Autorität in der Gesellschaft vom Staate her. Der Staat ist die Autoritätsperson, die Quelle aller Macht, eine natürliche, ursprüngliche Machterscheinung. Diese Ansicht hat zur notwendigen Folge, dass auch das Recht seine Autorität, bisweilen auch seinen Inhalt, dem Staate entlehnt.

Dieser Lehre gegenüber steht die von der Rechtssouveränität. Jede Gewalt, welche in der Gesellschaft Geltung beansprucht, ist einzig und allein Rechtsgewalt. Wie jede andere, natürliche oder Rechtsperson, hat auch der Staat nur insofern Rechte und Befugnisse, nur insofern Autorität, als es aus einer positiven Rechtsordnung hervorgeht. Bei dem Streben nach Erreichung seines Zweckes bleibt auch der Staat gebunden durch das Recht, entweder durch das für alle gleiche Recht, oder durch ein für seine Beziehungen zu der Gesellschaft geschaffenes spezielles Recht, wie es ja solche speziellen Rechte für viele andere Personen auch gibt. Hier entsteht aber die Frage, wie das Recht eine selbständige Gültigkeit dem Staate gegenüber besitzen kann, da doch die Bildung des Rechts in steigendem Grade vom Staate ausgeht.

Zwischen diesen beiden Lehren, Staatssouveränität oder Rechtssouveränität, werden wir eine Wahl zu treffen haben.

Im folgenden soll versucht werden, die Entscheidung für letztere annehmbar zu machen. Dazu verweilen wir in erster Linie bei den Konsequenzen der Lehre von der Staatssouveränität und den Konzessionen, welche diese Doktrin der Rechtssouveränität macht und machen muss.

ZWEITES KAPITEL.

DIE LEHRE DER STAATSSOUVERÄNITÄT UND DAS RECHT.

2. Einschränkung der Lehre der Staatssouveränität. Aus der Lehre der Staatssouveränität geht, wie schon bemerkt, hervor, dass das Recht eine vom Staate unabhängige Gültigkeit nicht besitzt. Es kann also der Staat für sein eigenes Verhalten im Gesetz wohl eine Regel angeordnet haben, aber weil eine solche Regel bloss auf seinem Willen beruht, kann von einer Gebundenheit des Staates nicht die Rede sein.

Diese Konsequenz wird aber nicht von allen Autoren zugegeben. Besonders die deutschen Publizisten machen hier der Lehre von der Rechtssouveränität Konzessionen, die im Deutschen Staatsrecht unter dem Namen des „Rechtsstaates" auftreten; solche Konzessionen sind wohl nicht zu umgehen, wenn auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts das Bestehen rechtlicher Beziehungen zwischen Staat und Individuum anerkannt wird.

Folgende Anführungen aus einigen der namhaftesten Schriftsteller mögen das beweisen.

Nachdem JELLINEK[1]) gesagt hat, „dass im modernen Staate alles Recht in staatlich geschaffenes und staatlich zugelassenes Recht zerfällt", und damit die Konsequenz der Lehre von der Staatssouveränität ausspricht, stellt

---

1) Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 331.

er die Frage, ob die Rechtsordnung des Staates nun auch ein Recht für den Staat selbst bildet. Viele meinen, sagt er, dass der Staat durch sein Recht nicht selbst verpflichtet werden kann; die Normen des öffentlichen Rechts richten sich an die Organe des Staates, aber sich selbst etwas befehlen kann der Staat nicht. Ist das richtig?

Mit Recht hebt JELLINEK die Wichtigkeit der auf diese Frage zu gebenden Antwort hervor, weil davon „die Möglichkeit alles öffentlichen Rechtes und damit alles Recht überhaupt abhängt [1].“ Wird sie verneint, dann können zwischen Staat und Bürger nur Machts- aber keine Rechtsverhältnisse bestehen [2].

JELLINEK beantwortet die Frage auf Grund zwiefacher Erwägung bejahend. Erstens weil die Normen, welche der Staat erlässt, dessen Organe binden; damit ist die Gebundenheit des Staates selbst gegeben, „indem staatliche Organstätigkeit Staatstätigkeit selbst ist, ja eine andere Staatstätigkeit als die durch Organe vermittelte überhaupt nicht existiert“ [3]. Zweitens liegt in der die Staatsorgane bindenden Norm eine Zusicherung an die Untertanen enthalten, dass dieser Norm gemäss verfahren werden soll. Mit dieser Zusicherung verpflichtet der Staat sich selbst. Durch die Tat der Rechtsschöpfung verbindet sich der Staat gegen seine Untertanen zur Anwendung und Wahrung dieses Rechtes.

Es braucht keiner langen Widerlegung, um darzutun, wie ungenügend diese Gründe sind, als Beweis für die

---

[1] l. c. S. 332.
[2] l. c. S. 334.
[3] l. c. S. 332.

Rechtsgebundenheit des Staates vom Standpunkt aus, dass die Rechtsautorität auf der Staatsautorität beruhen soll.

Ersteres Argument ist ein reiner Trugschluss. Wo „staatliche Organstätigkeit Staatstätigkeit" ist, läge die Bindung des Staates durch sich selbst in der Bindung seiner Organe durch ihn selbst! Das verschiebt die Schwierigkeit, löst sie aber nicht. Statt des sich selbst bindenden Staates, bekommen wir sich selbst bindende Organe. Nicht stichhaltiger ist die zweite Erwägung. Wenn JELLINEK sagt, dass „in jedem Rechtssatz zugleich die Zusicherung an die Rechtsuntertanen (liegt), dass er für die Dauer seiner Geltung auch den Staat selbst verpflichte", dann ist dieses wieder ein Versprechen des Staates, dessen Gebundenheit an das Versprechen eben noch bewiesen werden muss. Dieser Beweis wird durchaus nicht geliefert durch die Bemerkung [1]: „Solche Bindung des Willens an die von ihm einseitig abgegebene Erklärung ist schon dem Privatrecht nicht fremd. Dass das Versprechen, auch wenn es nicht von anderer Seite angenommen ist, Verpflichtungsgrund sein kann, ist von Alters her anerkannt." Denn der Verfasser übersieht, dass in jenem Fall das gegebene Versprechen bindet kraft eines Gesetzes, d.h. einer ausserhalb der versprechenden Person stehenden Autorität. Für den Staat aber gibt es in der Lehre von der Staatssouveränität keine höhere Autorität, welche die durch den Staat gegebene Willensäusserung für ihn selbst unanfechtbar machen kann.

Unser Schriftsteller sieht selber ein, dass er seine Sache auf juristischem Boden nicht gewinnen kann. Das

---

[1]) l. c. S. 333.

Problem nennt er deshalb auch „metajuristischer Natur", auf welchem Gebiete er die selbständige Geltung des Rechtes anerkennt[1]). Dieses aber ist entschieden zu verneinen. Die Lehre von der Rechtssouveränität bezweckt keineswegs ein politisches Programm für den Staat zu entwerfen[2]), sondern beabsichtigt ganz bestimmt, die Herrschaft des positiven Rechts, auch über den Staat, zum Ausdruck zu bringen, so dass die Frage von der Rechtsgebundenheit des Staates eine *juristische* ist. Und nicht nur in der Theorie sondern auch in der Praxis ist diese Rechtsgebundenheit eine Sache positiven Rechts.

In den Fällen, wo der Staat durch das gemeine, durch das bürgerliche Recht beherrschte Rechtshandlungen vollzieht, ist das unbestritten; ebenso, wo er seine Tätigkeit auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts äussert. Diese Tatsachen bedürfen einer Erklärung gegenüber der These, dass alle Autorität, also auch jene, welche das Recht auszuüben vermag, einzig und allein dem Staate entstammt. Der Ausweg, den JELLINEK glaubt gefunden zu haben, um nämlich die Gebundenheit des Staates als eine „Selbstbeschränkung" oder eine „Selbstverpflichtung" zu betrachten, ist, wie *Klöppel*[3]) richtig bemerkt, ein Widerspruch. Im Gedankengang der Lehre von der Staatssouveränität „unterliegt die Staatsgewalt daher nur einer *sittlichen* Selbstbeschränkung; *eine rechtliche*

---

[1]) l. c. S. 334 ff.

[2]) Siehe die Beispiele S. 334. Auch der niederländische Schriftsteller H. Vos: Administratieve Rechtspraak, 1901/1902 S. 47, Note, ist offenbar derselben Meinung.

[3]) Gesetz und Obrigkeit, 1891, S. 104. TEZNER: in Hirths Annalen, XXXV S. 659, bei der Besprechung von JELLINEKS Staatslehre.

Selbstbeschränkung ist ein Widerspruch in sich [1]**, da sich das Recht von der Sittlichkeit eben darin unterscheidet, das es dem rechtlich Gebundenen als eine gegenständliche Macht gegenübertritt** [2]**.'' Gerade die Überzeugung aber, dass eine solche Rechtsgebundenheit existiert, ist es, von welcher JELLINEK selbst erklärt, dass sie in dem modernen Staate ,,in stetig wachsendem Masse hervortritt''** [3]**. Diese Einsicht hätte ihn auf eine**

---

1) Siehe auch LABAND l. c. I S. 679: ,,Verhaltungsregeln die ein einzelner sich selbst gibt, können niemals Rechtsvorschriften sein." LÉON DUGUIT: Etudes de droit public, I, l'Etat, 1901, S. 123 ff. und 258 ff. kritiziert ausführlich die Behauptung JELLINEKS. DUGUIT scheint ein Anhänger der Lehre der Rechtssouveränität zu sein, insoweit er dem Recht eine allgemein gültige Gewalt zuschreibt, welche Gewalt, unabhängig vom Staate, aus der „solidarité sociale" hervorkommt und „porte en elle même sa sanction". Aber neben dieser Gewalt akzeptiert er, als eine gegebene Tatsache, eine Gewalt, welche sich offenbart in dem Verhältnis von „les gouvernants (les détenteurs de l'autorité publique)" und „les gouvernés". Auch bei DUGUIT findet sich also der Dualismus von zweierlei Gewalt. Erstens die Gewalt des Rechts und zweitens die Gewalt des Staates (L'état est simplement l'individu ou les individus investis en fait du pouvoir, les gouvernants). Woher aber die Gewalt des Staates, die ,,force gouvernante", herrührt, erklärt er nicht weiter als durch Hinweisung auf die bestehende Macht. „Mais l'aptitude propre des gouvernants", fragt er (I S. 263), „quelle est-elle en fait? *Une plus grande force;* les gouvernants sont gouvernants précisement et seulement *parce qu'ils sont les plus forts*". Er fügt dann hinzu, dass das Recht diese Macht regelt und beschränkt (I S. 266). Die Gewalt des Staates ist dieselbe Gewalt, welche die Stärkeren über die Schwächeren ausüben; eine Behauptung, die schon bei VON HALLER: ,,Restauration der Staatswissenschaften" zu finden ist. — Dieselben Gedanken trifft man an bei GASTON JÈZE: Les principes généraux du droit administratif, 1904.

2) Über den Versuch die Rechtsgebundenheit durch die Annahme eines zwiefachen Staates zu konstruieren, siehe VAN IDSINGA: De administratieve rechtspraak en de constitutioneele Monarchie, 1896, S. 318; und meine Schrift über die ,,Administratieve Rechtspraak", 1901, S. 95, Note 2.

3) l. c. S. 334.

bessere Bahn lenken können, um so leichter, als er an verschiedenen Stellen seines Werkes, sogar in dem Teile, wo er die Selbstgebundenheit des Staates zu formulieren versucht, für die selbständige Geltung des Rechts sich ausspricht [1]).

Eine andere Konstruktion, um die Lehren von der Staatssouveränität und vom Rechtsstaat miteinander in Einklang zu bringen, gibt OTTO MAYER [2]). Aber auch diese Konstruktion, welche das Unvereinbare zu vereinigen sucht, scheitert an ihren Widersprüchen.

OTTO MAYERS Theorie ist eine äusserst einfache. Bei dem Staate haben wir, wie von alters her, die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt zu unterscheiden. Letztere ist ersterer untergeordnet und kann folglich gebunden werden. So gelangt man immerhin zu einer partiellen Rechtsgebundenheit des Staates. In seiner legislatorischen Gewalt ist derselbe weder gebunden noch bindbar [3]); aber in seiner Exekutive kann er durch das Gezetzesrecht Rechtsverpflichtungen unterworfen werden.

Die „Selbstbindung des Staates" von JELLINEK tritt hier also von neuem auf. Denn es darf nicht vergessen werden, dass sowohl die vollziehende als die gesetz-

---

1) „Der letzte Grund alles Rechts liegt in der nicht weiter ableitbaren Überzeugung seiner Gültigkeit, seiner normativen motivirenden Kraft"... „Norm ist aber niemals etwas bloss von aussen Kommendes, sondern muss stets die auf einer Eigenschaft des Subjektes ruhende Fähigkeit besitzen, von diesem als berechtigt anerkannt zu werden. Darum ist es schliesslich eine von der gesammten Kulturanlage eines Volkes bedingte Überzeugung, ob etwas, das den Anspruch erhebt, Norm zu sein, in einem gegebenen Zeitpunkt diesen Charakter wirklich besitzt." S. 334.

2) Deutsches Verwaltungsrecht I S. 67 ff.

3) l. c. S. 87.

gebende Gewalt des Staates, öffentliche Gewalt des Staates sind[1]). In beiden wirkt der Staat; es ist sein Wille der in beiden zu Tage tritt, sodass eine Bindung der vollziehenden Gewalt eine Gebundenheit des Staates darstellt, welche derselbe Staat, aber jetzt als Gesetzgeber, sich (als vollziehende Gewalt) auferlegt hat. „In dieser Weise einfach hingestellt", sagt der Verfasser[2]), „ist die Selbstbindung des Staates ein geheimnisvoller Vorgang, den man glauben, aber nicht verstehen kann." Aber das Mysterium hebt sich[3]), wenn man die Lehre von der Teilung der Gewalten im Auge behält. Mithin ist es *jene* Lehre, welche die Rechtsunterworfenheit eines Teiles des Staates annehmbar machen soll.

Der Gegensatz zwischen der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt beruht in erster Linie auf einem Unterschiede in den Entstehungsformen des Staatswillens. Gebildet kann dieser werden entweder durch den König und die Volksvertretung gemeinschaftlich oder durch den König allein. Je nach dem Ursprung hat der Staatswille verschiedene Kraft und Eigenschaft. Zu Stande gekommen durch König *und* Vertretung: die Kraft und Eigenschaft „der höhere, der rechtlich stärkere Wille"[4]) zu sein, d. h. die „Kraft des Vorrangs". Das Gesetz, genommen im Sinne des durch König und Vertretung geäusserten Staatswillens, kann nur durch das Gesetz abgeändert oder unwirksam gemacht werden, hingegen alle auf andere Art entstandenen Äusserungen des Staats-

---

1) l. c. S. 78.
2) l. c. S. 86.
3) S. 88.
4) S. 72.

willens aufheben oder abändern. Die zweite Kraft oder Eigenschaft des so entstandenen Staatswillens besteht darin, dass gewisse Materien nur auf dieselbe Weise, d. h. durch weitere Gesetze, geregelt werden dürfen. Als solche Materien nennen die Verfassungen gewöhnlich die Grundrechte, und wo die Verfassung schweigt, ist allgemein angenommen [1], dass Freiheits- und Eigentumsbeschränkungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen [2]. Drittens ist der so geäusserte Staatswille mit der Kraft oder Eigenschaft, Rechtsregeln zu bilden, ausgestattet. Gegenüber dem Staatswillen, welcher Gesetz ist, steht der Staatswille, welcher vollziehende Gewalt ist. Diese ist die „ihrer Natur nach rechtlich bindbare Staatsgewalt" [3].

Dass hierdurch das Mysterium des sich selbst bindenden Staates erklärt ist, wird wohl kaum behauptet werden. Im Gegenteil, es ist ein neues Mysterium hinzugefügt worden. Der Verfasser sagt nämlich, dass die gesetzgebende Gewalt rechtlich nicht bindbar ist; woher stammen aber dann die Kräfte und Eigenschaften, welche mit dem durch König und Vertretung gebildeten Staatswillen verbunden sind? Der Verfasser meint, die seien heutzutage feststehende Elemente des Begriffes der gesetzgebenden Gewalt [4]; er spricht von der „bekannten" Kraft der gesetzgebenden Gewalt. An und für sich vollkommen richtig; aber für uns handelt es sich nicht um eine Mitteilung dessen, was nach den verscheidenen Verfassungen den Inhalt der gesetzgebenden Gewalt

---

[1] S. 75.
[2] S. 76.
[3] S. 79.
[4] S. 68.

bildet, sondern um eine Erklärung der These, dass die Weise, in welcher der Staatswille zu Tage tritt, jenem Willen höhere Autorität verschafft als der in anderer Art geäusserte Staatswille besitzt. Das zu erklären unterlässt der Verfasser. Wenn es immer, sei es bei der gesetzgebenden, sei es bei der vollziehenden Gewalt, der Wille des Staates ist, der sich offenbart „und *als solcher schon überwiegend und massgebend für die Untertanen ist*" [1]: warum verschafft dann die Form, in welcher der Staatswille sich bildet, dem Staatswillen Mehr- oder Minderwert? In diesem Punkte lässt uns der Verfasser im dunkeln. Seine Teilung der Gewalten wird uns vorgetragen als eine Tatsache, der man sich zu unterwerfen hat. Doch diese Tatsache, auf welcher die Möglichkeit der Rechtsgebundenheit eines Teiles der Staatsgewalt beruht, fordert ganz entschieden eine Erklärung. Ist der Staat *von Natur* mit Autorität ausgestattet [2], d. h. hat er ein ihm eigentümliches Befehlsrecht, dann ist dieses Befehlsrecht in der vollziehenden Gewalt, welche Staatsgewalt ist, genau so enthalten wie in der gesetzgebenden Gewalt, welche ebenfalls Staatsgewalt ist; deshalb darf man weder sagen, dass erstere eine Ermächtigung seitens letzterer brauche, um Freiheit und Eigentum beschränken zu können [3], noch im allgemeinen, dass erstere letzterer gegenüber sich in Gebundenheit befindet [4].

Auch Otto Mayer kann uns den Rechtsstaat nicht erklären, weil bei ihm kein Platz ist für die selbständige

---

[1] S. 72.

[2] S. 110.

[3] S. 76.

[4] Siehe dazu, was Laband schreibt l. c. S. 579 über die materiellen Wirkungen der Gesetze, welche bestimmt werden nach deren *Inhalt*.

Geltung des Rechts. Jede Autorität in der Gesellschaft ist in letzter Instanz Staatsautorität; wie aber der Staat zu jenem Befehlsrecht gekommen ist, wissen wir nicht: er hat es von Natur.

Aber mit solcher Naturgewalt ist und bleibt seine Gebundenheit unvereinbar. Dass OTTO MAYER trotzdem diese Gebundenheit, sowohl auf dem Gebiete des Privat-, als auf dem des Verwaltungsrechts annimmt, beweist, dass der Verfasser für die Praxis, in welcher solche Rechtsgebundenheit erscheint, ein offenes Auge behalten hat. Doch sein misslungener Versuch, es juristisch zu erklären, ist ein weiterer Beweis dafür, dass eine dualistische Gewalt, des Staates und des Rechts, theoretisch und praktisch unhaltbar ist.

LABAND[1]) akzeptiert diese Konsequenz. „Die Staatsgewalt in abstracto ist durch das Gesetz niemals gebunden, denn der Staat kann seine Gesetze jederzeit ändern, suspendiren oder aufheben." Dennoch kennt auch LABAND eine Rechtsgebundenheit des Staates, nämlich „insofern er nicht als der Schöpfer der Rechtsordnung selbst, sondern als eine innerhalb derselben handelnde und waltende Persönlichkeit erscheint"[2]). „Der Staat ist trotz seiner Herrschermacht, die ihn befähigt, das Recht selbst zu gestalten, in seiner verwaltenden Tätigkeit *unter* die von ihm gesetzte Rechstordnung gestellt" und einige Seiten weiter wird dieses als das Charakteristische des Rechtsstaates hervorgehoben: „das ist das Merkmal des Rechtsstaates, dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen

---

1) l. c. I. S. 579.

2) l. c. S. 680.

nichts befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes"[1]. Diese Rechtssätze können im Herkommen wurzeln; aber heutzutage, fährt LABAND fort, sind sie in der Regel durch das Gesetz sanktioniert. „Diese Gesetze haben es sämtlich zu tun mit einer Abgrenzung der Staatsgewalt. Sie geben die Rechtsvorschriften über die Einwirkungen, welche der Staat auf Personen und Vermögen seiner Untergebenen vornehmen darf und sichern daher zugleich andererseits die Sphäre, welche von diesen Eingriffen rechtlich geschützt ist."

Wie bei OTTO MAYER gibt es auch bei LABAND auf dem Gebiete der Verwaltung eine Rechtsgebundenheit des Staates, aber auch hier ist der Widerspruch nicht weniger fühlbar als bei jenem, weil der Staat, seinem Wesen nach, also überall, ein *Macht*-Subjekt ist, so dass in LABANDS Behauptung: „der Staat ist in seiner Verwaltungstätigkeit unter die von ihm gesetzte Rechtsordnung gestellt..." gleichfalls MAYERS Teilung der Gewalten zu Tage tritt, die Lehre also, laut welcher — nach LABAND — „die „gesetzgebende Gewalt" für die höchste Gewalt im Staate zu erklären (ist), welcher die anderen „Gewalten" gehorchen müssen", ihr also untergeordnet sind. Diese Lehre verwirft aber LABAND mit den Worten: „Diese Theorie löst die Einheitlichkeit des Staates auf und steht im Widerspruch mit dem Begriff der Souveränität, der die Unteilbarkeit in sich schliesst"[2]. Dann aber ist die Gewalt des Rechts als bindend für den Staat nicht zu erklären, und es ist somit auch LABAND nicht gelungen, den Rechtsstaat annehmbar zu machen.

---

[1]) l. c. S. 684.

[2]) l. c. S. 579.

3. Charakter der Rechtsgebundenheit des Staates. Von welcher Art ist nun die Rechtsgebundenheit des Staates, sofern sie nämlich anerkannt wird? Der Charakter dieser Rechtsgebundenheit wird verschieden dargestellt, je nachdem man sich mehr im Gedankengange der einen oder der anderen Lehre befindet.

Wo der Nachdruck auf die Staatssouveränität gelegt wird, da wird in dem Gesetz oder dem Rechte bloss eine Beschränkung der Obrigkeitsautorität gesehen. Dagegen bildet das Gesetz von dem Standpunkte der Lehre von der Rechtssouveränität aus keine Beschränkung, sondern die Grundlage der Befugnisse des Staates.

Erstere Auffassung erblickt in dem Rechte eine höhere Gewalt mit der Fähigheit, die von Natur bestehende Macht des Staates einzuschränken. Wo das Gesetz die Beziehungen zwischen Staat und Bürger regelt, wird der ursprüngliche Rechtsmehrwert des Staates gekürzt zum Schutze der Interessen des einzelnen. Rechte verleihen kann das Gesetz dem Staat nicht, weil derselbe von Haus aus das Befehlsrecht in vollstem Umfange besitzt. Auch ohne Gesetz existiert ein bestimmtes, sich aus der Natur des Staates ergebendes, Rechtsverhältnis. Das Gesetz greift in dasselbe ein, um das übermächtige *Natur*recht des Staates zu beschneiden, wodurch das Individuum einen gewissen Rechtsschutz erlangt.

Dieser Ansicht sind speziell KLÖPPEL und VON SARWEY[1]).

Ersterer findet dafür eine Bestätigung in einer historischen Betrachtung. Durch die Einführung des konstitutionellen Systems ist die alte historische Autorität,

[1]) Siehe über GNEIST, auf welchen KLÖPPEL sich bezieht, v. IDSINGA l. c. II S. 407, Note 2.

die königliche Gewalt, beschränkt, doch keineswegs ihres Imperiums beraubt, sodass das Gesetz nicht die Grundlage der Befugnisse des Landesherrn bildet, sondern ein Grenzgebiet darstellt, innerhalb dessen die ursprüngliche Freiheit gekürzt ist. Was das Gesetz nicht geregelt hat, kann durch königlichen Erlass reglementiert werden. „Die königliche Gewalt", sagt KLÖPPEL[1]), „blieb unbeschränkt, soweit sie nicht beschränkt worden ist; der König hat keine Gewalt verloren, die ihm nicht bestimmt abgesprochen ist." Das Gesetz ist im konstitutionellen Staatsrecht die Form, durch welche es möglich ist auch die Obrigkeit an einen Rechtssatz zu binden.

In der krassesten Durchführung wird hier dem König ein persönliches Recht auf Autorität angedichtet, eine Ansicht, die, wie wir später sehen werden, im deutschen Staatsrecht noch herrschend ist. Wie aber der König oder, um es allgemeiner auszudrücken, die Obrigkeit zu solcher Autorität gelangt, wird uns hier ebensowenig klar gemacht wie die an dem Gesetz haftende höhere Autorität, vor welcher die Autorität der Obrigkeit zurückzustehen hat.

Während KLÖPPEL die Auffassung, dass die Rechtsgebundenheit des Staates sich in einer Beschränkung der Staatsgewalt offenbare, dazu anwendet, um die Rechte des Königs auf gesetzgebendem Gebiete zu bestimmen, schöpft VON SARWEY aus dieser Auffassung Argumente zur Bestimmung des Umfangs der Verwaltungsrechtspflege[2]). Ist das die Verwaltung bindende Recht nichts

---

[1]) l. c. S. 96.

[2]) VON SARWEY in MARQUARDSENS Handbuch des öffentlichen Rechts, 1883, I[2], S. 32, formuliert den Gegensatz wie folgt: „Die Formel des

weiter als eine Beschränkung ihrer natürlichen Freiheit, so kann auch nie ihre Befugnis selbst, sondern nur die Art der Ausübung Gegenstand eines Urteilspruches sein, denn nur die Ausübung der Befugnis ist an Regeln bindbar. Die Befugnis selbst besteht unabhängig von allem Gesetz und aller Rechtsschätzung. Im Zusammenhang damit steht, dass die gesetzlich gegebenen Regeln einen doppelten Charakter haben können. Entweder sind es einfache *Instruktionen*, welche der Verwaltung Anweisung geben sollen über die Art und Weise der Versorgung der ihr anvertrauten öffentlichen Interessen, oder sie bezwecken ausserdem auch den Bürgern eine *Garantie* zu sichern, dass ihre individuellen Interessen oder Rechte nicht oder nur bis zu einer gewissen Grenze verletzt werden sollen. Nur insofern das Gesetz letzteren Charakter hat, muss dessen Befolgung unter richterlicher Kontrolle stehen. Bezweckt das Gesetz nur Instruktionen zu geben, so behält die Verwaltung, trotzdem sie durch das Gesetz gebunden ist, ihr „freies Ermessen". Die Organisation der Verwaltungsrechtspflege in den ver-

———

ersten Standpunktes" — unserer Terminologie gemäss: der Standpunkt von der Lehre der Rechtssouveränität — „ist: die Verwaltung hat keine Herrschaftsrechte, als diejenigen, welche ihr die Gesetzgebung des wirklichen Staates ausdrücklich verleiht; die Formel des zweiten" — unserer Terminologie gemäss: der Standpunkt von der Lehre der Staatssouveränität — „die Verwaltung ist nur, soweit das Gesetz sie ausdrücklich beschränkt, ausserdem nur durch die öffentlichen Interessen selbst in der Ausübung von Herrschaftsrechten bedingt. Der erste Standpunkt macht die Forderung der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zu einem Grundgesetz des Staates, welches die ganze Verwaltung bestimmt; der zweite Standpunkt betrachtet sie nur als ein Postulat, welches seine rechtliche Geltung erst durch die das Maass der freien Selbstbestimmung und Gewaltübung der Verwaltung bestimmenden Gesetze erhält und insoweit als solche nicht gegeben sind, der rechtlichen Wirkung ermangelt."

schiedenen deutschen Staaten ist von diesem Gedankengang erfüllt. Feste Grenzen für diese Rechtspflege weiss sie nicht zu ziehen und kann sie auch nicht ziehen, weil zwischen der Staatsverwaltung und dem Bürger nur insofern ein gesetzliches Rechtsverhältnis anerkannt wird, als das Verwaltungsgesetz im Schutze individueller Interessen seinen Grund hat, m. a. W. insofern es eine Garanz-norm darstellt. Da nicht sämtliche Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger auf einem Gesetz beruhen, mithin das Gesetz hier nicht Grundlage ist, also speziell in den Fällen, wo das Gesetz nicht Garanz- sondern Instruktions-norm zu sein beabsichtigt [1], weder die Kompetenz der Behörde noch ihre Gebundenheit an das Gesetz Gegenstand einer richterlichen Entscheidung sein können: herrscht auf der ganzen Linie der Verwaltungsrechtspflege Ungewissheit, ob die Obrigkeit sich die Kontrolle der richterlichen Gewalt gefallen zu lassen hat oder nicht, eine Unklarheit, die auch für die Bestimmung der Kompetenz des Verwaltungsrichters zu der sogenannten Enumerations-methode geführt hat. Notwendig ist hier die Rechtspflege nicht; neben der schon in dem blossen Vorhandensein des Gesetzes liegenden Garantie ist sie bloss eine weitere Bürgschaft. Ob und in welchem Masse solche zweite Bürgschaft eingeführt werden soll, ist eine Frage der Utilität. „Es entspricht der ganzen Bedeutung der Verwaltungsrechtspflege als eines zwar besonders förderlichen, aber nicht unentbehrlichen Institutes des Rechtsschutzes im Gebiete der Verwaltung, dass die Gesetzgebung hier freie Wahl hat [2].

---

[1] Siehe OTTO MAYER, l. c. I S. 165.

[2] MAYER, l. c. I S. 166. Der Einfluss der Lehre der Staatssouve-

Der andre Standpunkt, dass nämlich das Gesetz nicht Beschränkung, sondern Grundlage ist für das iure publico Auftreten der Staatsverwaltung — ein Standpunkt, der, wenn auch nur für eine bestimmte Staatsfunktion, die Lehre von der Rechtssouveränität akzeptiert — tritt in der neueren Literatur und Gesetzgebung (Sachsen) mehr in den Vordergrund. Auf die allgemeine Regel: „nur insoweit die Willenssphäre eines Subjects durch Gebote, Verbote, Gewährungen gegen fremde Willenssphären abgegrenzt ist, und soweit ein Anspruch, eine Verpflichtung, ein Schutz gegen Eingriffe oder gegen Widerstand anderen gegenüber begründet ist, waltet die Rechtsordnung," lässt LABAND folgen [1]: „Dies gilt auch vom Staat, insofern er nicht als der Schöpfer der Rechtsordnung selbst, sondern als die innerhalb derselben handelende und waltende Persönlichkeit erscheint."

In seiner verwaltenden Tätigkeit ist der Staat „*unter* die ihm gesetzte Rechtsordnung gestellt", welchem Ausspruch LABAND dann einige Seiten weiter den oben schon angeführten Satz hinzufügt: „Das ist das Merkmal des Rechtsstaates, dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann, *als auf Grund eines Rechtssatzes.*" Nicht weniger kräftig drückt ROSIN [2]) denselben Gedanken mit den Worten aus: „Nur unter den im Gesetz festgestellten Voraussetzungen und nur

---

ränität auf die Konstruktion und Regelung der Verwaltungsrechtspflege ist ausführlich nachgewiesen in meiner Schrift: „Administratieve Rechtspraak", Groningen, 1901.

1) l. c. 1 S. 680.

2) Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, 1882, S. 12.

im Umfange des Gesetzes darf im Rechtsstaate die Verwaltung eine Handlung, Leistung oder Unterlassung von den Untertanen fordern."

Während also hier das Recht als eine Macht *über* dem Staate anerkannt wird und demgemäss die Lehre von der Rechtssouveränität sich geltend mach, wird diese Lehre wiederum preisgegeben, wo der Charakter der Rechtspflege auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts bestimmt werden soll. Bei der Rechtspflege auf dem Gebiete des Privatrechts liegt in dem Urteil, nach LABAND, neben einer Äusserung der Staatsgewalt, immerhin auch noch ein Ausspruch hinsichtlich des in concreto zwischen den Parteien geltenden Rechts; bei der Rechtspflege auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts (Straf- und Verwaltungsrechtspflege) wird aber letzterer Charakter des Ausspruchs verneint. Hier ist die Rechtspflege nur die Form, in welcher staatliche Herrschaftsrechte durchgeführt werden[1]. Folglich bilden Straf- und Verwaltungsrecht in diesem Gedankengang für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger *nicht* die Grundlage, in der Weise dass bei Konflikten über den Inhalt eines solchen Verhältnisses das Recht jedesmal in conreto festzustellen wäre, wie das im Zivilprozess der Fall ist, sondern sie bilden durch den Staat selbst gegebene Regeln über die Anwendung der ihm, unabhängig von Gesetz und Recht, zukommenden Gewalt, sodass, wenn hier ein Urteil gefällt werden muss, dies nicht geschieht um eine Rechtsbefugnis des Staates festzustellen — denn die Befugnis ist da — sondern um zu bewirken, dass bei der Aus-

---

[1]) l. c. II S. 343.

übung jene Befugnis nach den Geboten der Gerechtigkeit gehandhabt werde. Dieses Ziel wird am besten erreicht, wenn der Staat die Anwendung seiner Gewalt von einem richterlichen Ausspruch abhängig macht. Beim Strafprozess bedeutet also das Urteil „*die Erfüllung einer Bedingung* (Voraussetzung) an welche der Staat selbst die Ausübung seiner eigenen Gewalt gebunden hat". Also tritt das Recht weder im Strafrecht, noch im Verwaltungsrecht, noch in der Rechtspflege auf diesen Rechtsgebieten als eine über den Staat herrschende Gewalt zu Tage. Das Gesetz ist die durch den Staat sich selbst gesetzte Regel und die Rechtspflege eine durch den Staat eingesetzte und durch ihn angewandte Form, seiner nicht aus der Rechtsordnung entlehnten Gewalt Geltung zu verschaffen. Diese Auffassung führt wiederum dazu, in der Verwaltungsrechtspflege ein Institut zu sehen, welches in grösserem oder in geringerem Umfange eingeführt werden kann. Ob man dieser *Form* der Ausübung der Staatsautorität vor jeder andern den Vorzug zu geben hat, ist lediglich eine Frage der Utilität [1]).

Aus dem Vorstehenden geht hervor, dass bei der Charakterisierung der Rechtspflege auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts die mit Rücksicht auf die Verwal-

---

[1]) l. c. II S. 345: „Überall, wo der Staat ein grösseres Interesse daran hat, dass das *Recht* verwirklicht wird, d. h. dass die abstracten Rechtsregeln gleichmässig und unbeeinflusst von anderen Interessen zur Anwendung gebracht werden, als dass ein bestimmter materieller Effect erreicht, eine Massregel durchgeführt wird, lässt er im Streitfall eine Urteilsfindung und zum Zwecke derselben ein contradictorisches Verfahren zu."

tung des Staates vorläufig akzeptierte Lehre von der *Rechts*souveränität, durchaus aus dem Auge verloren wird und die Lehre von der *Staats*souveränität wieder die Ansichten beherrscht. Zwar lässt sich eine Strömung wahrnehmen, welche das Recht als Grundlage der Rechte und Befugnisse des Staates zu betrachten geneigt ist, aber auf dem einzigen Felde der Staatstätigkeit, wo solches zu konstatieren ist, dem der Staatsverwaltung, wird man dieser Lehre untreu.

4. Rechtsgebundenheit des Staates im Privatrecht. Nur ein Gebiet gibt es, für welches die Lehre von der Rechtssouveränität in allen ihren Folgerungen ausnahmslos anerkannt wird und wo sie eigentlich von jeher unbestritten gegolten hat: das Gebiet des Privatrechts. Aber darin liegt eben auch die schwache Seite der Lehre von der Staatssouveränität, weil das Zugeständnis, dass der Staat diesem Teile der Rechtsordnung gegenüber sich im Zustande der Unterworfenheit befindet, mit der These, dass sein Charakter im *Herrschen* liegt, nicht zu vereinigen ist. Jenes Herrscherrecht besteht doch, wie wir sahen, aus einem ursprünglichen Befehlsrecht, so dass der Wille des Staates, bloss weil er der Wille des Staates ist, rechtlich mehr Wert besitzt als der Wille der einzelnen. Vom Willen keines einzigen andern Rechtssubjektes kann das gesagt werden; nur von dem Willen des Staates; alle andern stehen sich als rechtlich gleichwertige Rechtssubjekte gegenüber.

Es ist merkwürdig, dass dieser Mehrwert als besondere Eigentümlichkeit des Staatswillens gänzlich verschwindet, wenn der Staat sich auf dem Gebiete bewegt, wo das Privatrecht herrscht. Es heisst dann, dass der Staat

aus seinen Hoheitsrechten heraustritt, sich seiner ihm ursprünglich zukommenden Gewalt entäussert, sich mit den einzelnen auf gleichen Fuss stellt wodurch das Privatrecht auch für ihn bindend wird[1]). Diese Darstellung steht aber in Widerspruch zu dem vorausgesetzten Wesen des Staates, dem seinem Willen von Natur zukommenden rechtlichen Mehrwert. Auch der Staat kann nicht aus seiner eigenen Haut fahren. Besteht des Staates Wesen darin, zu herrschen, dann ist es für ihn nicht möglich — auch wenn man sich ihn allmächtig denken wollte — dieses Wesen zu ändern und seinen Willen zu einem nicht-herrschenden zu machen. Nähme man eine solche Möglichkeit dennoch an, so hätte man nicht länger mit dem Staate, sondern mit einer andern Person zu tun. Zur Zeit des Absolutismus, des Polizeistaates, hat man dies offenbar eingesehen; daher unterschied man zweierlei Staat: den Staat-Obrigkeit d. h. den Staat, welchen das heutige Staatsrecht allein annimmt und ausgestattet denkt mit ursprünglichem Befehlsrecht, mit rechtlichem Mehrwert seines Willens, und den Staat-Fiskus oder den Staat als juristische, als Rechtsperson, d. h. den Staat sofern er am Privatverkehr teil hat. Auch zur Blütezeit des Absolutismus und des Polizeistaates hat das Privatrecht beständig auch für den Staat gegolten. Zwar wird prinzipiell die Befugnis der Obrigkeit, dieses Privatrecht zu modifizieren, angenommen und seine Autorität auf ihrem Willen basiert, praktisch jedoch sind nur selten Änderungen gemacht worden, und in dieser Hinsicht hat sich die Tätigkeit der Obrigkeit darauf beschränkt, ein nicht durch sie selbst

---

1) Mayer, l. c. I S. 66, 111.

gebildetes, sondern anderswo entstandenes und ihr zugeführtes Recht zu kodifizieren.

Die Lehre von der Staatssouveränität vermag jene Unterordnung unter das Privatrecht auf keine andere Weise zu rechtfertigen, als durch Ausscheidung aller privatrechtlichen Beziehungen des Staates; und da diese Beziehungen hauptsächlich den Charakter des Vermögensrechts haben, wird der an dem privatrechtlichen Verkehr teilnehmende Staat, wie bei dem römischen Recht, als Fiskus bezeichnet.

Mit einer solchen Unterscheidung zwischen Staat-Obrigkeit und Staat-Fiskus hat man heutzutage gebrochen. „Als ob das zwei verschiedene Leute wären!" ruft BÄHR[1]) aus, „als ob nicht Staatsgewalt und Fiskus sich genau so verhielten, wie der einzelne physische Mensch und sein Geldbeutel!" Es gibt also heutzutage nur *einen* Staat, in welchen Verhältnissen die Obrigkeit sich auch befinden möge. Aber — dann bleibt die Unterordnung des Staates unter das Privatrecht wieder völlig unerklärt. Ist es immer und überall ein und derselbe Staat, dann muss auch überall, auf jedem Gebiete, das Wesen des Staates wieder gefunden werden, also kann er auch nicht dem Privatrecht unterworfen sein.

Trotzdem wird die Gültigkeit des Privatrechts auch für den Staat als die natürlichste Sache der Welt dargestellt. „Es versteht sich von selbst, dass das Civilgesetz, der Civilrechtssatz den Staat trifft, sobald dieser tatsächlich die Erscheinungen aufweist, für welche seine Bestimmungen gegeben sind[2])." Ganz richtig — aber in

---

1) Der Rechtsstaat, 1864, S. 55.
2) MAYER, l. c. I S. 138.

der Lehre von der Staatssouveränität kann der Staat „die Erscheinungen nicht aufweisen, für welche seine (des Privatrechts) Bestimmungen gegeben sind". Denn das Wesen des Staates besteht im Herrschen; sein Wille hat per se ein rechtliches Übergewicht, und an dieser Natur kann sogar der Staat nichts ändern. Mithin ist es unmöglich, sich den Staat als gleichberechtigt mit einzelnen Personen zu denken.

Laband hat diese Schwierigkeit gefühlt[1]). „Wenn man behauptet", sagt er, „der Staat könne desshalb mit Privaten keine Verträge schliessen, weil er ihnen nicht gleich stehe, sondern über sie herrsche, so ist dieser Grund nicht stichhaltig. Gerade im Gegentheil! Weil der Staat Herrscher ist, kann er sich nach eigenem Belieben *aller* Rechtsformen bedienen, die ihm nützlich scheinen, und wenn er sich auf das Niveau des Privatrechts stellt und mit einem Einzelnen nach den Regeln desselben ... Rechtsverhältnisse begründet, so ist dies eben eine Bethätigung seiner Freiheit, seiner „hoheitlichen Macht" diejenige Rechtsform zu wählen, die ihm beliebt. Sowie der Einzelne, statt Gewalt zu gebrauchen, auch wo er es könnte, es häufig vorziehen wird, den Weg der Vereinbarung und gütlichen Verständigung zu beschreiten, so kann auch der Staat bei Begründung von Verhältnissen, welche er durch einseitigen Herrscherakt hervorzurufen im Stande wäre, es vorziehen, dem Einzelnen, der davon betroffen wird, einen Antheil, ein Mitwirkungsrecht einzuräumen, seine Zustimmung zu erkaufen. Wenn der Staat dabei besser fortkommt, warum soll er sich unnöthigerweise als Herrscher aufspielen?"

---

[1]) Archiv f. öffentliches Recht II S. 159.

Aber diese ganze Beweisführung ist auf einer Verleugnung des Ausgangspunktes aufgebaut. Wäre das Herrscherrecht des Staates von gleicher Natur wie das Recht eines einzelnen, um in einem gegebenen Fall Gewalt zu brauchen — ein Recht, dessen er sich natürlich nach Belieben bedienen kann oder nicht — dann wäre die Argumentierung LABANDS unanfechtbar. Man hat aber mit Grössen ganz verschiedener Art zu tun. Das dem einzelnen zukommende Zwangsrecht ist eine ihm durch das Recht verliehene Befugnis. Das Zwangsrecht hingegen, das der Staat besitzt, ist eine sich aus seiner Natur — unabhängig von Gesetz und Recht — ergebende Gewalt. Im Gedankengang der Lehre von der Staatssouveränität kann man nicht von einem *Recht* des Staates auf Herrschaft reden, in welchem Fall sowohl ein Ausüben als ein Nichtausüben dieses Rechts denkbar wäre; denn solches Recht auf etwas setzt eine von aussen verliehene Befugnis voraus, wie solche bei den Privatpersonen angetroffen wird. Der Staat aber ist *von Natur* ein Machtsubjekt, und diese Natur kann er nicht — auch nicht vorübergehend — ablegen, ohne aufzuhören, Staat zu sein. Mithin besteht LABANDS Fehler darin, dass er bei dem Staat von einem Recht auf Herrschaft spricht. Bei einer Privatperson kann wohl ein Recht vorhanden sein oder nicht; bei dem Staat ist diese Alternative ausgeschlossen[1]). Ihm kann die Rechtsordnung nichts geben, was er nicht schon besitzt. Gegen-

---

[1]) MAYER (l. c. I S. 110) hat dies sehr richtig erkannt, wenn er es verneint, dass bei dem Staate von einem subjektiven öffentlichen Rechte gesprochen werden dürfe, womit er die Macht über die öffentliche Gewalt meint. „Der Staatswille ist mit dieser ausgestattet von Natur. Aber gerade

stände kann man abkühlen oder erwärmen, das Eis ausgenommen. Erwärmt man letzteres, so hört es auf, Eis zu sein, denn Eis ist von Natur kalt. Ähnlich verhält es sich mit dem Staate als Machterscheinung; entzieht man dem Staate die Macht, stellt man ihn auf gleiche Stufe mit dem einzelnen, so verschwindet der Staat. Also von zweien gilt eins: *entweder* ist der Staat seinem Wesen nach Machterscheinung, und dann kann er dem Privatrecht nicht untergeordenet werden — *oder* er ist, wie es unbestritten der Fall ist, dem Privatrecht wohl unterworfen: dann aber ist auch sein Wesen durch die Macht und die Macht allein *nicht* zu erklären.

Dass der Staat nur Macht sein sollte, steht mit den Tatsachen in offenbarem Widerspruch. Es geht nicht an, das Wesen des Staates nach einer Eigenschaft zu bestimmen, die vielleicht nur den hundertsten Teil seiner sämtlichen Funktionen ausmacht. Heutzutage, wo die Pflege die Polizei in der Verwaltungstätigkeit immer mehr zu überflügeln anfängt, gilt es gewiss nicht mehr. Deshalb wird kein Publizist die Begriffsbestimmung des Staates als natürliche Autoritätsorganisation länger aufrecht zu erhalten vermögen. Wo z. B. JELLINEK [1]) den Staat, als „die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen" umschreibt, gerät er in vollkommenen Widerspruch mit dem einige Seiten vorher Gesagten „dass im Herrschen das Wesen des Staates sich nicht erschöpft", weshalb

---

deshalb ist es falsch, hier von einem subjectiven Rechte des Staates zu reden, denn das Recht ist immer etwas Äusserliches, mit der Person Verbundenes, nicht die Person oder ihre Eigenschaften selbst."

1) Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 159.

er auch einen Unterschied macht zwischen dem Staat als Träger der öffentlichen Gewalt und dem Staat als Wirtschaftssubjekt, der auch mit den jeder Persönlichkeit zustehenden Mitteln nicht-herrschaftlicher Art Verwaltung übt[1]. Diese Unterscheidung ist im Grund der Sache genau dieselbe wie in der früheren Terminologie, wo Obrigkeit und Fiskus auftraten, mit Ausnahme der einzigen Rektifikation, dass der Fiskus jetzt auch bei der Ausübung der *öffentlichen* Autorität eine Rolle spielt und die Bezeichnung: Staat-Fiskus dadurch ungeeignet geworden ist, um die Unterordnung des Staates unter das Privatrecht zum Ausdruck zu bringen. Aufrecht steht folglich noch immer der alte Gedanke aus dem Polizeistaate: die Annahme des zweifachen Staates, des einen Staates der herrscht, des andern Staates der dem Privatrecht unterworfen ist. Man ist keinen Schritt weiter gekommen, nur sind die Widersprüche, in welche man sich verwickelt hat, deutlicher zu Tage getreten.

Darum sage ich noch einmal: Wenn der Staat eine ursprüngliche, von Natur bestehende Macht „unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen andern Willen" hat; wenn jener Rechtsmehrwert dem Staate im Blute sitzt: dann kann er diese Natur nicht abschütteln und sich zu betragen anfangen wie jeder gewöhnliche Bürger; mithin ist seine Unterordnung unter das Privatrecht eine Unmöglichkeit. Und umgekehrt:

Wenn der Staat dem Privatrechte unterworfen ist und auf dessen Gebiet der Wille des Staates also den Rechtsmehrwert *nicht* besitzt, dann kann sein Wesen nicht in jenem ursprünglichen von Natur bestehenden Herrscher-

---

[1] l. c. S. 347.

rechte liegen. Und desto zwingender wird diese Klemme, je mehr die Verwaltung des Staates sich ausdehnt, je mehr wir dieselbe tätig sehen auf Gebieten, die früher nur von Privatpersonen besorgt wurden. „Der weit überwiegende Teil der staatlichen Tätigkeit vollzieht sich ohne Anwendung von Herrschaftsrechten". sagt LABAND[1]. Weshalb wird dann aber das Wesen des Staates bestimmt aus der Herrschaft, welche er beanspruchen kann, und nicht aus irgend einer andern seiner Eigenschaften oder Tätigkeiten, der Beförderung der Briefe z. B. oder dem Betrieb der Eisenbahnen?

Alles dieses zwingt zum Nachdenken und muss zur Annahme der Lehre von der *Rechts*souveränität führen, nach welcher Lehre es nur eine, ursprüngliche, von Natur, aus eigner Kraft, selbständig geltende Autorität gibt, und das ist die Autorität des Rechts. Wer mit Autorität auftritt, kann nur dann Gehorsam beanspruchen, wenn er damit Rechtsgewalt ausübt. Für diese alles und jeden beherrschende Autorität ist der Staat eine Person wie jede andere, insofern auch seine Rechtsverhältnisse zu den Bürgern erst durch das Recht geboren werden.

In diesem Gedankengang ist die Unterordnung des Staates unter das Privatrecht gerade so natürlich, wie es für jede andere Person der Fall ist.

5. Der prinzipielle Unterschied zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Mit der Lehre von der Staatssouveränität steht die prinzipielle Unterscheidung zwischen *privat* und *öffentlichem Recht* in unverbrüchlichem

[1] l. c. I S. 65.

Zusammenhang. Besitzt der Staat von Haus aus Mehrwert, so muss diese Eigenschaft in allen Beziehungen, in welche er zu den Untertanen geraten kann, hervortreten, und es unterscheidet sich durch die Ungleichheit der Beteiligten das Verhältnis des Staates zu den einzelnen von der prinzipiellen Gleichheit, worin letztere sich gegenüberstehen. In ein solches Verhältnis des Gleichwertes kann, so wird — wie wir sahen — in der Lehre von der Staatssouveränität behauptet, auch der Staat sich versetzen, aber es ist des Staates freies Belieben; der Bürger kann es nicht.

Die Rechtsnormen nun, welche jenes Verhältnis des Mehrwertes gegenüber dem Bürger regeln, sind öffentlichrechtlicher Art; sie regulieren Verhältnisse des öffentlichen Rechts; die Rechtsnormen, welche die Beziehungen der Bürger zu einander bestimmen, also rechtlichen Gleichwert voraussetzen, bilden den Inhalt des bürgerlichen, des Privatrechts.

Zur Beurteilung der so formulierten Unterscheidung haben wir in erster Linie zu berücksichtigen, dass jener Mehrwert des Staates in einem unbedingten Befehlsrecht besteht, folglich der Staat, wo er auch auftritt, dies nur in der Form eines Befehls tun kann. Über die Ausübung dieses Befehlsrechts können Regeln erlassen werden und zwar nur durch den Staat selbst; im Gedankengang der Lehre von der Staatssouveränitat ist dies ja das einzig mögliche, weil auch die Rechtsnorm aus dem Staatswillen hervorgeht oder kraft dieses Willens Gültigkeit erhält. Solche Regeln erlassend, bindet der Staat die als seine Organe tätigen Personen an dieselbe; folglich könnte bloss von einem Verhältnisse öffentlichen Rechts die Rede sein zwischen den Bürgern und jenen

Personen. Dieser Gedanke aber erhebt solche einzelnen Personen zu Subjekten aller dem Staate zustehenden Rechte, was durchaus nicht beabsichtigt wird. Und binden die durch den Staat gegebenen Regeln jene Personen als Organe, dann gelangt man wieder zu der Rechtsgebundenheit des Staates durch den Staat, weil der Staat nur in seinen Organen Realität besitzt.

In zweiter Linie führt der Gedankengang, der hier vorgetragen wird, zu der Folgerung, dass ein jeder, welcher öffentliches Recht, d. h. auf einem bestimmten Gebiete das Befehlsrecht des Staates ausübt, *dadurch* ein Organ des Staates wird oder ist. Die Bekleidung eines einzelnen mit einem öffentlichen Rechte, ohne dass derselbe zu gleicher Zeit Organ des Staates wäre, ist undenkbar, weil andernfalls neben dem Staate noch ein Anderer Herrschaftsrecht besitzen würde, während doch angenommen wird dass dieses ausschliesslich dem Staate zusteht.

Freilich gewähren die durch den Staat für seine Organe gegebenen Regeln auch den Interessen der Bürger einigen Schutz; aber dieser (Rechts)schutz ist nichts weiter als ein Reflex des objektiven Rechts. In der Lehre von der *Rechts*souveränität kann man von Rechten der Bürger gegen den Staat sprechen, welcher Lehre gemäss das Interesse der Privaten gegen das Interesse des Staates abgeschätzt und ersterem Rechtswert zuerkannt ist; aber in der Lehre von der Staatssouveränität kann von solcher Abschätzung nie die Rede sein. Die Interessen des Staates haben, eben weil sie Interessen des Staates sind, schon Rechtswert; zu ihrem Schutze hat ja der Staat das Befehlsrecht. BORNHAK[1]) nennt subjektive Rechte gegen

---

[1]) Preussisches Staatsrecht, 1890, I S. 268.

den Staat einfach „begrifflich undenkbar". „Der Zustand der unbedingten Unterthänigkeit unter die Herrschaftsgebote der Staatsgewalt kann nimmermehr die Quelle subjectiver Berechtigung des Unterthanen sein." Und weiter: „Wechselseitige Rechte sind nur möglich, wenn beide Factoren derselben sie beherrschenden Rechtsordnung unterworfen sind." Vollkommen richtig! Der Rechtsschutz, den ein Privatinteresse findet, ist also nicht die Folge des Wertes, den dieses Privatinteresse an und für sich dem Interesse des Staates gegenüber besitzt, sondern die Folge des zufälligen Zusammenfallens eines Privatinteresses mit einem Interesse des Staates, weil die gegebene Regel in letzterem und nur in letzterem ihren Grund hat. Nach JHERING wird deshalb das Recht des einzelnen in diesem Fall ein Reflexrecht genannt.

Diese Konsequenzen gehen aber den meisten deutschen Publizisten zu weit. Dieser Standpunkt ist scharf bekämpft worden durch JELLINEK in seinem „System der öffentlichen Rechte"[1]. „Alles Recht", sagt er, „ist Beziehung von Rechtssubjecten. Ein isolirt gedachter Rechtsträger ist eine unvollziehbare Vorstellung. Auch der Staat kann nur Rechte haben, wenn ihm Persönlichkeiten gegenüberstehen." — „Ein faktisches Herrschaftsverhältniss wird zum rechtlichen nur dann, wenn beide Glieder: Herrschender und Beherrschter als Träger gegenseitiger Rechte und Pflichten sich anerkennen." Damit hat er den Nagel auf den Kopf getroffen. Ist der Staat das einzig denkbare Subjekt des öffentlichen Rechts, ein Robinson Crusoë also auf diesem Gebiete des Rechts,

---

[1] S. 9.

— und das ist er, weil das Recht des Befehlens mit unbedingter Gültigkeit sein Wesen ist — dann erhält man ein isoliertes Rechtssubjekt, was JELLINEK mit Recht „eine unvollziehbare Vorstellung" nennt. „Auch der Staat", sagt JELLINEK[1]) „kann nur Rechte haben, wenn ihm Persönlichkeiten gegenüberstehen." Und auch darin hat JELLINEK recht, dass mit der unbedingten Untertänigkeit des Menschen unter den Staat, die Persönlichkeit des Menschen hinwegfällt. Sollte man diese auch gegen den Staat gelten lassen, dann stehen Staat und Bürger sich als zwei Personen gegenüber die „als Träger *gegenseitiger* Rechte und Pflichten sich anerkennen." Folgerichtig schliesst er dann auch[2]) dass die Frage nach dem subjektiven öffentlichen Rechte die nach der Möglichkeit der Rechtsordnung überhaupt erzeugt. „Dies ist ein Problem", sagt er, „das zu den tiefsten und schwierigsten der Wissenschaft vom menschlichen Gemeinleben gehört."

Dieses Problem kann eben seine Lösung nur finden in der Lehre von der Rechtssouveränität, nach welcher Staat und Bürger Rechtsgenossen sind, die beide ihr ganzes rechtliches Können und Dürfen aus der Rechtsordnung herleiten. Aber dann darf nicht länger vorausgesetzt werden, was die Klippe bleibt, an der ein juristisches Beherrschen des Staatsrechtes scheitert, dass nämlich die Beziehung zwischen Staat und Bürger von *Natur* aus die des „Herrschers" und „Beherrschten" sei. JELLINEK hält an diesem Gegensatz noch fest; wie er dann aber — bei einem Verhältnis, worin der eine das Recht hat

[1]) l. c. S. 9.
[2]) l. c. S. 10.

mit unbedingter Gültigkeit zu befehlen, der andre zu unbedingtem Gehorsam gegen jene Befehle verpflichtet ist — diese noch Rechtsgenossen nennen kann, ist unverständlich. Immer und immer wieder verliert JELLINEK dieses Verhältnis der natürlichen unbedingten Unterwürfigkeit der Untertanen unter den Staat und der natürlichen Herrschaftsgewalt des Staates über die Untertanen aus dem Auge, und er baut seinen Beweis auf die Lehre von der Rechtssouveränität, welche einerseits alle Rechtssubjekte als gleichwertig und kein einziges — auch den Staat nicht — als mehr- oder minderwertig betrachtet, andererseits keine Gewalt oder Autorität anerkennt, welche nicht in dem positiven Rechte begründet ist.

Vollkommen dieser Lehre entsprechend, ja sogar unmittelbar sich aus ihr ergebend, sind z. B. bei ihm Aussprüche wie folgende: „dass den Staatsbehörden jede Auflegung eines nicht gesetzlich begründeten Befehles oder Zwanges verboten ist" [1]; dass als oberstes Prinzip für die Verwaltung der Satz gilt, dass sie in Rechtsschranken gebannt ist, dass sie vom einzelnen nichts fordern, ihm nichts befehlen darf, als wozu sie durch Rechtssatz ausdrücklich legitimiert ist [2]. Und wenn er sagt [3]: „von Natur aus alles könnend was seiner Macht zugänglich ist, kann der Staat von Rechtswegen nur das, wozu ihn die Rechtsordnung autorisirt, darf er nur das, was sein gesetzlich gebundener Wille ihm gestattet", so kann man sich die im ersten Teile dieses Satzes enthaltene Kniebeugung vor der unbedingten Unterwür-

---

1) l. c. S. 99.
2) l. c. S. 340.
3) l. c. S. 184.

figkeit der Untertanen unter den Staat gefallen lassen, wo die Allmacht des Staates hinter seiner nur rechtlich bestehenden Gewalt verschwindet. JELLINEK wagt es sogar, daraus den Schluss zu ziehen, dass nur entweder das Gesetz oder der Vertrag Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger zu erzeugen vermögen. „Im öffentlichen Recht wird der Vertrag zwischen Staat und Individuum die nothwendige Form der Begründung von Verhältnissen abgeben müssen, *die auf Grund der geltenden Rechtsordnung* durch einen einseitigen Willensakt nicht entstehen können[1]." Er erklärt sich sogar ausdrücklich gegen die Meinung[2], dass Staat und Individuum ungleichartig seien und deshalb zwischen beiden kein Vertrag geschlossen werden könne. „Der Einwand von Ungleichartigkeit von Staat und Individuum ist durchaus verfehlt; er wäre stichhaltig, wenn die Subjection des Individuums *auf Grund der geltenden Rechtsordnung* eine allseitige, die Freiheit von der Subjection nur auf beliebigen Wiederruf gestattet wäre, gleichsam als eine Art staatsrechtlichen Precariums."

Was will man mehr? Auf die *geltende Rechtsordnung* wird überall hingewiesen, als den Grund für die Rechte des Staates: die reine Lehre von der Rechtssouveränität. Damit fällt aber auch die Grundlage für die Unterscheidung zwischen privat- und öffentlichem Recht, insofern sie ja in Gleichwertigkeit und Ungleichwertigkeit der Rechtssubjekte ihre Ursache fand. Wie aber dieses alles in Einklang zu bringen ist mit dem Ausgangspunkte: „der sich selbst bestimmende, seine Ordnung frei

---

1) l. c. S. 198.
2) l. c. S. 199.

normierende Staat ist höherer Macht nicht unterworfen" [1]), das bleibe der Verantwortung des gelehrten Verfassers überlassen.

Während also JELLINEK mit der auf dem Unterschied im Rechtswert der beteiligten Subjekte beruhenden Unterscheidung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht *nicht* rechnet, wiewohl sie ein Ergebnis der Lehre von der Staatssouveränität ist, zu welcher er sich bekennt, wird jene Unterscheidung durch MAYER festgehalten, welcher dem Problem von den öffentlichen Rechten gleichfalls seine besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat [2]). „Wenn das subjective Recht im Civilrechte grundsätzlich *gleichwertige* Rechtssubjekte voraussetzt . . . so findet es auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, statt der allgemeinen Gleichberechtigung, das Element der rechtlichen *Mehrwertigkeit*, das alle Verhältnisse durchzieht, die öffentliche Gewalt." Nun besteht das öffentliche Recht aus einer rechtlichen Gewalt über die öffentliche Gewalt. Daraus folgt, dass von subjektiven Rechten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts bei dem Staate nicht die Rede sein kann, weil der Staat *von Natur* mit der Gewalt im vollsten Umfange ausgerüstet ist. Während also BORNHAK für das Individuum subjektive öffentliche Rechte verneint, sagt MAYER dass der Staat solche nicht haben kann. Die Rechte des Staates z. B. zu strafen, Steuern zu erheben u.s.w. sind nichts weiter als Offenbarungen der grossen allgemeinen Herrschergewalt und als solche

---

1) l. c. S. 9.
2) l. c. I S. 109.

keine besonderen Rechte, die diesem zuständen[1]). Nur dann, wenn der Staat sich seines Charakters der Obrigkeit entäussert, „heraustritt aus den Bedingungen des hoheitlichen Überordnungsverhältnisses" und sein Obrigkeitsrecht „fortan behauptet und geltend macht auf dem Boden der *Gleichheit* im Verhältnis zu anderen", nur dann entsteht ein subjektives Recht des Staates. Dann hat eine „Umwandlung" in ein Privatrecht stattgefunden.

In eine Kritik der Meinung, dass der Staat sich seines obrigkeitlichen Charakters entäussern und sich auf das Gebiet des Privatrechts versetzen könne, wo Gleichheit herrscht, gehe ich hier nicht wieder ein; aber ich kann die Frage nicht unterdrücken: Wenn der Staat sich so in eine Privatperson umwandeln kann, ist dann auch das Umgekehrte zulässig? Ist es m. a. W. dem Staate, nachdem er sich dem Privatrechte untergeordnet hat, nun auch möglich, seine ihm daraus erwachsenden Rechte gegen andre fortan auf dem Boden der Ungleichheit, d. h. als Obrigkeit, geltend zu machen und also in die Bedingungen des hoheitlichen Überordnungsverhältnisses zurückzutreten? Diese Frage sei allen zur Erwägung empfohlen, welche mit MAYER an die Umwandlung des öffentlichen Rechts in Privatrecht glauben; oder wäre dies doch der „Umwandlungstheorie" zu stark?

Wir kehren zum öffentlichen Rechte zurück. Es heisst also: „auf diesem (Gebiet) kann der Staat kein Recht erwerben, das ihm mehr gäbe als er schon hat, die allgemeine Herrschermacht, die sich nur verschieden entfaltet"[2]).

---

1) l. c. I S. 111.
2) l. c. S. 112.

Subjektive öffentliche Rechte kann es nur bei den Untertanen geben; wo diese Gewalt ausüben, ist es entlehnte Gewalt und natürlich dem Staate entlehnte Gewalt, weil der Staat auf seinem Gebiete „die alleinige Quelle der öffentlichen Gewalt ist". Bis dahin ist die Sache wenigstens klar, aber zu einem wahren Gedankenlabyrinth wird die weitere Konstruktion. Ausgangspunkt ist: der Staat ist die alleinige Quelle der Gewalt. Von dieser Gewalt werden nun Teile „in der Weise des Rechts mit der Person verbunden" wodurch letztere ein subjektives öffentliches Recht dem Staat gegenüber erlangt. Als charakteristisches Beispiel eines solchen Rechts nennt MAYER den Anspruch auf Rechtshilfe, das Klagerecht. „Ein öffentliches Recht ist aber der Anspruch auf Rechtshilfe, weil er gegen den Staat selbst, als Träger der öffentlichen Gewalt geht, und dem Kläger Macht über diese gibt in seinem Interesse[1])." Wie in aller Welt ist das aber denkbar? Es bleibe dahingestellt, dass, wie wir früher sahen, auch bei MAYER das Gesetz als eine Macht über dem Staate anerkannt wird, so dass er auch den Anspruch auf Rechtshilfe auf dem Gesetz beruhen lässt. Wie kann nun aber dieses Recht auf Rechtshilfe gegenüber dem Staate ein subjektives öffentliches Recht sein, wenigstens in dem Sinne des Verfassers? Der einzelne erhält die Verfügung über einen Teil der Staatsgewalt, so wird das subjektive öffentliche Recht charakterisiert. Dass er sich dieser Gewalt gegen dritte bedienen kann, ist einleuchtend, aber wie gegen den Staat als Träger der öffentlichen Gewalt, wenn man bedenkt, dass das subjektive öffentliche Recht ein von der öffentlichen Staats-

---

[1]) l. c. S. 113.

gewalt abgezweigter und in die Hand des Untertanen gegebener Teil eben derselben öffentlichen Staatsgewalt ist[1]? Und mit diesem soll nun der Untertan auftreten gegen den Staat!

Der Verfasser verwechselt zweierlei, nämlich 1⁰ das Recht des Bürgers einen Teil der Staatsgewalt (in casu: Rechtshilfe) zu fordern; 2⁰ den Besitz dieser Gewalt nachdem die Forderung bewilligt ist. Das sub 1⁰ genannte Recht passt nicht in seine Definition eines subjektiven öffentlichen Rechtes; denn wie kann es dem Staate entlehnt sein — hatte er dann ursprünglich solchen Anspruch gegen sich selbst? Das sub 2⁰ erwähnte passt allerdings dazu, ist aber dann ein gegen dritte, nicht gegen den Staat anwendbares Recht. Und soweit nach dem Gedankengang des Verfassers überhaupt subjektive öffentliche Rechte möglich sind, fügt er dem sub 2⁰ angeführten Rechte ein zweites subjektives öffentliches Recht hinzu, nämlich das Recht auf Schutz seitens des Staates bei der Ausübung der Gewalt. Es ist aber auch dieses wiederum ein Anspruch dem Staate gegenüber, der unmöglich dem Staate selbst entlehnt sein kann, weil, wie schon bemerkt, der Staat doch nicht gegen sich selbst Ansprüche besitzt. Aber am unverständlichsten ist die Beweisführung[2]) dass einige Beziehungen auf dem Gebiete der Verwaltung, obgleich „grundsätzlich frei veränderbar und zurücknehmbar", unwiderruflich sind — und zwar nicht nur die, von denen es ein Gesetz gebietet, sondern ausserdem auch einige, welche ein subjektives öffentliches Recht erzeugt

---

1) l. c. S. 114.
2) l. c. S. 116.

haben. Woher die Unwiderruflichkeit in letzterem Falle? „Wenn", sagt der Verfasser, „die freie Zurücknahme in diesen Fällen, seiner sonstigen Natur zuwider, ausgeschlossen ist, so ist das *einzig erklärbar aus der Kraft des subjectiven Rechts.*" Wie aber das subjektive öffentliche Recht zu solcher Kraft kommen kann, das bleibt uns durchaus dunkel. Auch bei MAYER hat man eine unbegrenzte Teilung der Gewalten. Ein subjektives öffentliches Recht ist ein Teil der Staatsgewalt. Dieser Teil ist zwar dem Staate entlehnt, aber zurückgenommen durch den Staat kann er nicht werden, wenn das Gesetz oder die Natur des subjektiven öffentlichen Rechtes die Widerruflichkeit ausschliesst.

Dies genügt, um darzutun, zu welchen Kunstgriffen man gezwungen wird, wenn man den Staat zu gleicher Zeit als Quelle der Gewalt und als Quelle des Rechts ansieht und die Rechte des Bürgers gegen den Staat konstruieren will.

Die Lehre von der Rechtssouveränität verwirft die *prinzipielle* Unterscheidung zwischen privat- und öffentlichem Recht, wovon oben die Rede war. An und für sich unhaltbar in der Lehre von der Staatssouveränität, weil die natürliche Mehrwertigkeit des Staates über den einzelnen durch das mehrwertige Subjekt selbst, den Staat, (die Quelle des Rechts) in ein Rechtsverhältnis umgewandelt sein soll — eine Konstruktion, welche so dargestellt sich selbst verurteilt — steht die vorangeschickte prinzipielle Unterscheidung zwischen privat- und öffentlichem Recht in schroffem Gegensatz zu dem Grundwesen des Rechts, das zwar selbst Quelle ungleicher Rechte und Verpflichtungen sein kann, dem aber eine natürliche Rechts*un*gleichheit vollkommen fremd ist.

Um jene Unterscheidung zu verteidigen wird mit einem natürlichen Mehrwert operiert, mit einem Begriff von Gewalt, deren Ursprung und Bedeutung nicht enthüllt werden, die man aber wie eine Materie, wie eine Sache manipuliert, ähnlich wie früher, zur Zeit der Begriffsjurisprudenz, das Recht auf dem Gebiete des Privatrechtes zu juristischen Konstruktionen auch als eine Materie Dienste zu leisten hatte. Sowie es aber die juristische Methode endlich soweit gebracht hat, dass dort die konstruierten Rechtsbegriffe alle Realität eingebüsst haben, so droht heutzutage eine ähnliche Gefahr in der Lehre von der Staatssouveränität, die in dem Staate ein Magazin von Gewalten erblickt, und nun die Gewalt wie einen Stoff behandelt, davon Teile abzweigt, in die Hände andrer legt, welchen damit Gewalt verliehen sein soll über die öffentliche Gewalt: Gewalt demnach über Gewalt; eine Wucht von Gewalt, während das Recht abhanden gekommen ist.

In der Lehre von der Rechtssouveränität hat der Staat keinen natürlichen Mehrwert, sondern der Staat ist mit allen seinen grossen und wichtigen Interessen ein Subjekt, das andern gegenüber diese Interessen nur soweit gelten lassen kann, als ihr Rechtswert anerkannt ist, eine Anerkennung welcher eine Abschätzung jener Interessen im Verhältnis zu andern Interessen vorhergangen ist. Jener Rechtswert ist nun zuerst zu suchen — und wie wir später sehen werden ursprünglich auch ausschliesslich gesucht worden — in dem, was wir heutzutage das Privatrecht nennen, was aber wohl besser wieder mit dem alten Ausdruck das gemeine, das Volksrecht bezeichnet wird. Dieses ist möglich, bis sich herausstellt, dass innerhalb jenes Rechts die sich ausdehnende

Aufgabe des Staates nicht länger zu erledigen ist und das Bedürfnis nach einer für die Beziehungen des Staates zu der Gesellschaft geschriebenen besonderen Ordnung empfunden wird. Diese Ordnung ist das öffentliche Recht: das den Rechtswert der öffentlichen Interessen bestimmende Recht, seinem Wesen nach aber bloss eine Ergänzung des gemeinen Rechts, wie z. B. auch das Handelsrecht als eine Ergänzung desselben entstanden ist. Die Notwendigkeit solcher Ergänzungen stellte sich in dem Augenblick ein, wo die Beziehungen zwischen Staat und Bürger, was das öffentliche, und die Beziehungen zwischen Kaufleuten, was das Handelsrecht betrifft, den Rechtsformen und Befugnissen des gemeinen Rechts entwachsen waren [1]).

Aber dieser Charakter des öffentlichen Rechts — wodurch es dem gemeinen Rechte wieder ebenbürtig an

---

[1]) Eine interessante historische Beleuchtung des Gegensatzes des privat- und öffentlichen Rechtes hat neuerdings Dr. EUGEN EHRLICH (Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen I, 1902) gegeben. Die ursprüngliche Bedeutung des Gegensatzes bezweckt bei den Römern die Art der Rechtsquelle zu bestimmen. Ius publicum soll im Staate und durch den Staat entstandenes Recht sein gegenüber dem Privatrecht als vorstaatlichem und ausserstaatlichem Recht. Der Autor betont auch, dass die bewusste staatliche Rechtserzeugung anfänglich sich nur auf dem Gebiete zeigte, das im Texte das Gebiet der öffentlichen Interessen genannt wird. Das Privatrecht hat eine unter der Schwelle des Bewusstseins sich vollziehende Entwicklung; es ist das Ergebnis selbsttätiger Entwicklung und wird durch den Verfasser auch als gesellschaftliches Recht im Gegensatz zu dem staatlichen Recht (ius publicum) erfasst. (S. 168 ff; 236 ff). Dem Gegensatz in diesem Sinne, jedoch eingehender, auch historisch, begründet in der Gegenüberstellung von Recht als Ausfluss des Rechtsbewusstseins und Recht als Obrigkeitsbefehl, ist in den Niederlanden ein vorzüglicher Aufsatz gewidmet von HAMAKER: „De tegenstelling van publiek- en privaatrecht" in „Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Academie van Wetenschappen", Afd. Letterkunde III, 11, 1895, S. 46 ff.

die Seite tritt — gelangte erst vollständig zur Geltung, als sowohl für die Bildung des gemeinen wie für die Bildung des öffentlichen Rechts ein einziges Rechtsorgan tätig wurde. Auf dem Festlande Europas datiert das seit der Einführung der konstitutionellen Regierungsform; bis dahin wurzelt das Privatrecht in einem andern Boden als das öffentliche, aus welchem Unterschiede der zwischen gemeinem und öffentlichem Recht gemachte prinzipielle Gegensatz historisch zu erklären ist. Er weist zurück, wie wir später näher sehen werden, auf den Gegensatz zwischen Rechtsgewalt und Obrigkeitsgewalt. Das öffentliche Recht d. h. das besondere, von dem gemeinen Recht abweichende Recht für die öffentlichen Interessen, war obrigkeitliches Recht; es wurde verordnet durch dieselbe Behörde, der die Sorge für jene Interessen oblag, war mit einem Wort einseitiges Recht, weil es die im Privatrecht ihren Schutz findenden Interessen nicht beachtete, welches Privatrecht ausserhalb der Einwirkung der Obrigkeit sich ausbildete. Diesem Vorgang verdankt das Adagium: öffentliche Interessen stehen über Privatinteressen; oder: das Privatrecht hat dem öffentlichen Rechte zu weichen, seinen Ursprung [1]). Aber dieser Vorgang erklärt uns auch, weshalb jener prinzipielle Gegensatz zwischen gemeinem und öffentlichem Recht sich in England nicht findet. In England ist bekanntlich schon sehr früh im Parlament ein Organ entstanden, das für alle Interessen, öffentliche sowohl wie bürgerliche, die Rechtsproduktion besorgte. Dort hat man also nicht gekannt: ein obrigkeitliches Recht für die eine Art der Interessen und

---

1) Z. B.: Hänel: Deutsches Staatsrecht I, 1892, S. 158.

ein Volksrecht für die andre Art, nicht eine einseitige nur für öffentliche Interessen stattfindende Rechtsschätzung; dort hat also die Vorstellung, dass es zweierlei Recht gibt, nicht aufkommen können; dort ist mit einem Wort schon Jahrhunderte früher als auf dem europäischen Festlande die Rechtsgewalt mit der Obrigkeitsgewalt verschmolzen und der Gewaltsdualismus, der auf dem Kontinente heute noch eine Rolle spielt, tatsächlich aufgehoben.

Darum ist es nötig, jetzt zu allererst den geschichtlichen Gegensatz zwischen Rechts- und Obrigkeitsgewalt zu beleuchten.

DRITTES KAPITEL.

HISTORISCHER DUALISMUS VON STAATS- UND RECHTSGEWALT.

6. Entstehung und Entwicklung des Dualismus. Die Theorie der Staatssouveränität hat ihren Grund in der Vorstellung, dass die Gewalt in einem *persönlichen* Befehlsrecht wurzele. Die Theorie der Rechtssouveränität beruht auf dem Gedanken einer *unpersönlichen*, den Rechtsnormen, eben weil sie *Rechts*normen sind, eigenen Gewalt. Letztere Theorie ist die Frucht höherer Kultur und setzt die Fähigkeit abstrakten Denkens voraus.

In der ältesten Zeit ist daher eine andre Gewalt als persönliche nicht denkbar. Auch dem Rechte wird ein persönlicher Ursprung zuerkannt, wenn auch meistens ein metaphysischer; damit hängt der sakrale Charakter des alten Rechts und die Vereinigung von Priester und König in einer Person aufs engte zusammen. Diese Vorstellung von einem göttlichen Ursprunge des Rechts verleiht demselben gerade den Charakter einer ihre Gültigkeit nicht aus menschlichem Willen herleitenden, sondern unabhängig von jeglicher menschlichen Vermittelung geltenden Ordnung. Eine solche Gewalt nun besass das Recht, unter welchem die verschiedenen germanischen Volksstämme, jeder für sich, lebten. Bei ihnen herrschte eine unpersönliche Gewalt, obwohl sie der Meinung waren, dass das Recht göttlicher Herkunft

sei[1]). Tatsächlich war es Volksrecht, hervorgegangen aus der Wirkung verschiedener nicht mehr zu ergründender geistiger Kräfte, welche schon in den primitivsten Gemeinschaften eine Ordnung entstehen lassen. Organ dieses Volksrechts war die Volksgemeinde, insofern sie zu Gericht sitzend, durch ihre Urteile bestimmte was Recht war; eigentliche gesetzgebende Tätigkeit in dem Sinne des bewussten Schaffens neuer Rechtssätze übte sie nicht. Denn in Übereinstimmung mit der unpersönlichen Gewalt des Rechts jener Zeiten galt der Spruch: *Das Recht wird nicht gemacht, sondern erzeugt.* Dass unter dieser Rechtserzeugung auch eine den wechselnden Bedürfnissen und Interessen des Stammes anpassende Rechts*erweiterung* sich versteckte, ist selbstverständlich. Aber der Gedanke, dass das Recht aus menschlichem Wollen oder Tun hervorgehen könne, blieb dem ursprünglichen germanischen gesellschaftlichen Leben durchaus fremd und deshalb kann man sagen, dass dort das Recht, wenn auch auf göttlichen Ursprung zurückgeführt, aus eigener Kraft gegolten und demnach mit ihm eine unpersönliche Gewalt geherrscht habe.

Eine kardinale Änderung darin entsteht von dem Augenblicke an, wo der Stamm eines Führers bedarf, was wohl immer zuerst aus kriegerischen Rücksichten der Fall gewesen sein mag. Der feindliche Zusammenstoss mit anderen Stämmen brachte die Notwendigkeit eines solchen jedenfalls mit sich, und damit rückte eine Person in den Vordergrund als Träger eines ihm zwar ursprünglich von der Volksversammlung delegierten, jedoch selb-

---

[1]) Über die Meinung eines göttlichen Ursprungs des Rechts bei den Germanen, siehe Brie: Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I S. 204, Note 6.

ständig durch ihn geübten Befehlsrechts. Darin lag der Keim einer persönlichen Gewalt, aber auch nur ein Keim, solange solches Befehlsrecht in einem jeweiligen Auftrage der Volksversammlung begründet blieb. Als später die Wahl des militärischen Führers (Fürsten oder Königs) sich immer mehr auf ein bestimmtes Geschlecht beschränkte, brach ein *Recht* auf Gewalt sich allmählich Bahn, und mit der Erblichkeit des Königtums kam es schliesslich zu voller Entfaltung. So bildete sich ein Gewaltszentrum auf persönlicher Grundlage neben und gegenüber der unpersönlichen Gewalt des Volksrechts. Der Dualismus von unpersönlicher und persönlicher Gewalt vollzog sich, ein Dualismus, den die Lehre von der Staatssouveränität dadurch aufzuheben versucht, dass sie erstere in letztere aufgehen lässt, den aber die Lehre von der Rechtssouveränität beseitigt durch die Rückkehr zu dem alt-germanischen Gedanken von einer Gewalt, welche nur in dem Recht und durch das Recht sich offenbart; ein Gegensatz, aus dem praktisch für England und die Niederlande die Rechtssouveränität, für die deutschen Länder die Staatssouveränität hervorgegangen ist.

Der Umfang der persönlichen Gewalt beschränkt sich in den ersten Zeiten auf die Befriedigung jener Stammesinteressen, welche die Einsetzung dieser Gewalt veranlasst haben, der kriegerischen. Einmal eingesetzt, sieht sie aber allmählich ihren Wirkungskreis sich erweitern, und es geraten eine Anzahl anderer Interessen, die mit dem Fortschreiten des wirtschaftlichen Lebens zu Tage treten, unter ihre Obhut: Landfriede, öffentliche Ordnung, Verkehr, Währung. Diese Interessen' fanden ja im Volksrecht keinen oder keinen genü-

genden Schutz, weil sie sich ursprünglich nicht oder nicht genügend bemerkbar gemacht hatten und deshalb ausserhalb des Gesichtskreises der Volksgemeinde geblieben waren. Für solche neu hinzutretenden Interessen kommt nun der Fürst oder König dadurch auf, dass er seine Gewalt, sein Befehlsrecht, auf sie ausdehnt, was die wenig scharfe Begrenzung dieser Gewalt ihm ermöglicht. Damit kreiert er für jene Interessen eine Rechtsordnung, deren Gültigkeit seiner persönlichen Gewalt, seinem Befehlsrecht, entlehnt ist, und der Gegensatz zwischen Volks- und Königsrecht ist entstanden.

„Das Recht", sagt BRUNNER[1], „welches der unmittelbaren Theilnahme des Volks an der Rechtsanwendung und an der Rechtssatzung seine Entstehung verdankt, nennen wir Volksrecht. Das Recht, welches in der Amtsgewalt des Königs und seiner Beamten seinen Ausgangspunkt hat, darf als Königsrecht bezeichnet werden." Königsrecht ist das, was wir öffentliches Recht nennen würden, das den Wert der öffentlichen Interessen bestimmende Recht[2].

Abänderungen des Volksrechts können nur unter Zustimmung der Volksversammlung erfolgen; aber die Grenzen zwischen Volksrecht und Königsrecht sind schwankend und infolgedessen konnten Übergriffe nicht ausbleiben. Manchmal hat das Königsrecht das Volksrecht ergänzt, in andern Fällen trat es damit in Konkurrenz, in andern verordnete es sogar geradezu Entgegengesetztes, und wenn man bedenkt, dass das Volksrecht Materien enthielt, die auch, wie etwa das Strafrecht, zu

---

1) l. c. S. 278.

2) BRUNNER, l. c. I S. 375, 380.

der Machtsphäre des Königs gehörten, innerhalb welcher er kraft seiner Banngewalt Polizeibefehle zu erlassen hatte, liegt in solchen Übergriffen nichts Befremdendes [1]).

Häufig aber griff das Königsrecht weiter und bisweilen enthielt es sogar auf Privat- und Prozessrecht bezügliche Satzungen [2]). Dieses nun ist auffallend, weil Privat- und Prozessrecht durch das Volksrecht reguliert waren, und wie bemerkt, der König bei den Germanen dieses Recht nicht einseitig modifizieren konnte, sondern dazu der Bewilligung durch die Volksversammlung bedurfte; denn die Volksgerichte konnten nur durch das Volksrecht gebunden werden. Daher konnte zwar der König zu Modifikationen die Initiative ergreifen, aber um eine Abänderung bindend zu machen, war immer die Zustimmung der Volksversammlung erforderlich. Leugnen lässt es sich nun zwar nicht, dass in der Karolingischen Zeit die Könige tatsächlich die Macht ausgeübt haben, das Volksrecht nicht nur zu ampliieren, sondern es auch zu ändern. Als Beispiele davon dürfen nicht angeführt werden die leges Barbarorum, weil diese nicht viel anderes waren, als blosse Kodifikationen des Volksrechts über solche Punkte, bezüglich welcher Ungewissheit herrschte. Wirkliches, das Volksrecht abolierendes Königsrecht findet sich in den Capitularien und zwar namentlich in jenen, die als Capitula per se scribenda bekannt sind. Darin wird mit der Regel, dass das Volksrecht nur mit Genehmigung der Volksversammlung abge-

---

1) Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 2e Auflage, 1894, S. 333.

2) Brunner, l. c. I S. 374 ff.

ändert werden kann, prinzipiell gebrochen. Aber dieser prinzipielle Bruch mit dem verfassungsmässigen Brauch war nur ein vorübergehender und scheint verursacht worden zu sein durch die Überspannung des Königtums, als es eine Wiederherstellung der Gewalt der römischen Kaiser anstrebte. Überdies wurde auch dann noch manchmal der Volkstradition dadurch Rechnung getragen dass für Abänderungen des Volksrechts die Genehmigung des Reichstages an die Stelle der Genehmigung durch die Volksversammlung gesetzt wurde[1]). Welches Recht zur Anwendung kam, falls Volks- und Königsrecht widersprechende Bestimmungen enthielten, war eine Machtfrage[2]).

Abgesehen von der kurzen Unterbrechung während der Herrschaft der Karolinger, blieb also der Gegensatz zwischen Volks- und Königsrecht prinzipiell fortbestehen. Derselbe offenbart sich anfänglich auch in den Organen, durch welche jedes dieser Rechte sich äussert. Die des Volksrechts sind die Volksversammlung und das Volksgericht; aber auch das Königsrecht erhält seinen eignen Apparat. Denn mit der blossen Rechtsproduktion würde der König wenig oder nichts erreicht haben, wenn er nicht auch von ihm abhängige Gerichte und durch ihn angestellte Beamte mit der Handhabung dieses Rechts beauftragt hätte; und so sehen wir eine doppelte Organisation sich bilden: eine für die Anwendung und die Ausbildung des Volksrechts, eine andere für die Anwendung und die Ausbildung des Königs-, des öffentlichen Rechts.

Im Laufe der Zeit verschwindet aber allmählich diese

---

1) Brunner, l. c. I S. 381.

2) Id. S. 281.

doppelte Organisation wieder. Mit der Verschmelzung der verschiedenen Stämme fallen die Volksversammlungen fort; auch die Volksgerichte hören auf tätig zu sein und es treten königliche Gerichte an ihre Stelle, wenn auch noch sehr lange das Finden des Rechts Sache des Volks geblieben ist und dem Richter das anzuwendende Recht durch die Beisitzenden verschafft werden musste.

Keineswegs aber hat, mit dem Fortfallen der doppelten Organisation, der Gegensatz zwischen dem Volks — oder wie es später hiess — dem gemeinen Recht und dem Königsrecht aufgehört. Dieser Dualismus blieb bestehen, obgleich die Obrigkeit, als sie einmal für öffentliche Interessen das Rechtsorgan geworden war, hätte in der Lage sein können auch die Produktion des Privatrechts an sich zu ziehen und dadurch die gesamte Rechtsproduktion zu einer Aufgabe der Regierung zu machen. Das hat sie nicht getan. Soweit hat die persönliche Gewalt des Fürsten nie gereicht. Zwar hat später, wie wir sehen werden, die Theorie auch die Gültigkeit des gemeinen Rechts aus der Staatsgewalt hergeleitet, aber tatsächlich ist das gemeine Recht unabhängig von der Staatsgewalt entstanden und herrschend gewesen.

Auch die Verdrängung des gemeinen Rechts in Deutschland durch die Rezeption des römischen Rechts hat sich zum grossen Teil unabhängig von der Staatsgewalt vollzogen. Es lässt sich nicht bestreiten, dass diese Rezeption in ähnlicher Weise vor sich gegangen ist, wie in einer früheren Periode die der Rechtsbücher des Mittelalters, des Sachsenspiegels z. B., welche für die Gerichte zu Rechtsquellen wurden[1]) dadurch, dass das römische

---

[1]) SCHRÖDER, l. c. S. 634.

Recht, als den Verhältnissen besser entsprechend, immer mehr in Anwendung kam. Zwar ist die Rezeption des römischen Rechts seitens der Regierungen begünstigt, weil sie darin eine Stütze für ihre Herrschaft zu sehen glaubten, aber das „heutige römische Recht", welches bis in das Jahr 1900 rechtskräftig geblieben ist, hat nie als staatliches Recht gegolten, sondern, auch zur Zeit des Absolutismus, als ein selbständiges Recht, dem eine eigene, auch den Staat bindende Herrschaft zugeschrieben wurde. Der Erlass der Reichskammergerichtsordnung von 1495, der für die Rezeption von entscheidendem Einfluss gewesen ist [1]) und in welchem die Gerichte über das anzuwendende Recht instruiert werden, liefert dafür einen Beweis, denn die Richter werden darin verwiesen nach schon geltendem Recht, „nach des Reiches gemeinen Rechten". Die Bedeutung jenes Erlasses liegt deshalb auch hauptsächlich in der Vorschrift, dass das eingesetzte Reichskammergericht soweit möglich aus gelehrten Richtern bestehen soll. „Mit der Einsetzung des Reichskammergerichts war die Rezeption gemeinrechtlich entschieden [2])."

Auf diesem Wege kam, innerhalb gewisser Grenzen, für ganz Deutschland ein allgemeines Privatrecht zur Geltung, aber als staatliches Recht hat man es, wie schon bemerkt, nie betrachtet. In der Praxis lag dieser Gedanke so fern, dass dieses rezipierte Recht nur als ein subsidiäres Recht herangezogen wurde; es stand zurück hinter Landes- und Stadtrechten nicht nur, sondern auch hinter dem aus den Kreisen der Interessenten,

---

1) SCHRÖDER, l. c. S. 748.
2) SCHRÖDER, l. c. S. 748, 749.

unabhängig von jeglicher Regierung hervorgegangenen Recht, dem Handelsrecht z. B. Kodifiziert ist es zwar auf staatliche Veranlassung, aber von einer Rechtsproduktion im eigentlichen Sinne des Wortes, wie solche für die öffentlichen Interessen in steigendem Masse stattfand, war dabei nicht die Rede. Wäre es anders gewesen, so wäre dem rezipierten Rechte der Charakter eines blossen Aushülferechts nicht zugeschrieben und partikularistischen Rechtsquellen wären Abweichungen von seinen Bestimmungen fernerhin gerade so unmöglich gewesen, wie es auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts der Fall war. Es blieb eben dem bürgerlichen, dem Privat-, dem gemeinen Recht eine eigene besondere Kraft behalten neben dem öffentlichen Recht, dessen Ursprung und Geltung in der Staatsgewalt begründet waren.

Dieses nun, dass nämlich in den früheren Jahrhunderten die Obrigkeit sich der Produktion des gemeinen Rechts entzog, hatte auch in *Frankreich* zur Folge, dass die interessierten Kreise aus der Gesellschaft selbst sich das erforderliche neue Recht bildeten; dadurch entstand eine grosse Verschiedenheit und Zersplitterung des Volksrechts, in solchem Masse dass, nach dem Worte *Voltaires*, der Reisende an jeder Poststation mit den Pferden auch das Recht wechselte. Dort hatte man erstens das — örtlich verschiedene — geschriebene oder herkömmliche Recht; daneben aber feudales Recht, kanonisches Recht, städtisches Recht, Handelsrecht. Und nicht nur mit der grossen Mannigfaltigkeit hatte man zu kämpfen, sondern überdies noch mit einer aufs höchste gestiegenen Unzugänglichkeit und Unsicherheit dieser Rechte. Diesem Übel versuchte die Regierung zu begegnen durch Niederschrift und Kodifikation des

bestehenden Rechts. Mit dieser Arbeit wurde im XV. Jahrhundert begonnen [1]). Aber besonders im XVI[ten] wird sie kräftig durchgeführt, sogar schon der Gedanke angeregt, ein allgemeines bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen, une coutume génerale de France. Zur Ausführung ist derselbe damals allerdings nicht gekommen, aber es sind doch für die verschiedenen Teile des Landes und für die verschiedenen Arten des Rechts, auch für städtisches und Handelsrecht eine grosse Anzahl, durch königliche Ordonnances arrestierter Sammlungen fertig gestellt worden, die für die spätere Verfassung des Code civil wertvolles Material geliefert haben. Wie gewissenhaft dabei verfahren wurde; ergibt sich z. B. aus der Art und Weise in welcher die Coutumes kodifiziert worden sind. Königliche Kommissare begaben sich an Ort und Stelle und fingen dort ihre Untersuchung an, vernahmen Sachverständige, Laien, Rechtsgelehrte und Vertreter der drei Stände (État de l'Eglise, Noblesse et tiers État); nahmen das Verhandelte zu Protokoll und liessen diese Protokolle durch die Betreffenden homologieren [2]). Von einer *willkürlichen* Feststellung des Privatrechts zeigt sich also nicht die Spur. Allerdings enthält bisweilen eine königliche Ordonnance etwas was dieses Recht berührt [3]), aber das bleibt Ausnahme und ist für das allgemeine Verhalten der Regierung bei der Ordnung des Volksrechts bedeutungslos [4]).

---

[1]) WARNKÖNIG: Französische Staats- und Rechtsgeschichte, 1875, II S. 73 ff.

[2]) WARNKÖNIG, l. c. I S. 527; II S. 85. ESMEIN: Cours élémentaire d'histoire du droit français, 4e éd., 1901, S. 745 ff.

[3]) WARNKÖNIG, l. c. II S. 59.

[4]) Scharf wird dies hervorgehoben durch PAUL VIOLLET: Histoire des

Dass gegenüber dieser Zurückhaltung bei der Produktion des gemeinen Rechts, die Regierung in Frankreich sich unter dem ancien régime an der Ausbildung des öffentlichen Rechts ausserordentlich viel hat gelegen sein lassen, ist allbekannt. Der vortrefflichen Weise, in welcher das Königtum sich dieser Aufgabe erledigt hat, verdankt Frankreich sein ganz einziges droit administratif, das, als eine besondere Rechtsordnung für die Beziehungen des Staates zum Bürger auf dem Gebiete der öffentlichen Interessen, in allen Ländern, mit Ausnahme Englands, vorbildlich gewesen ist.

Die Rechtsordnung für die öffentlichen Interessen erhielt aber dort eine Geschlossenheit und einen Gegensatz zum bürgerlichen Recht, wodurch Frankreich noch heute von andern Ländern sich scharf unterscheidet; das zeigt sich nicht nur in einer doktrinären Durch-

---

institutions politiques et administratives de la France, II (1898) S. 198 ff. „La loi par excellence, la loi presque intangible, c'était le droit privé... cequi échappe surtout à l'action législative de nos rois, c'est le droit privé. Un roi puissant tel que Philippe Auguste fera bien, dans cette direction, un ou deux actes d'autorité. Mais ces exemples et quelques autres resteront isolés. *Jusqu'à la fin de l'ancien régime le roi de France n'a touché que fort rarement au droit privé, lequel est demeuré, par excellence, droit local et coutumier.* — La politique, l'administration et la police sont le premier, le principal objet de la sollicitude et de l'activité officielle. C'est là vraiment la sphère d'activité du roi. Le jour où il commence á promulguer des ordonnances, des établissements, il promulgua des établissements administratifs, non pas des lois civiles... Je me résume, le grand fait qui domine notre histoire c'est, on le voit, *la quasi impuisance du pouvoir royal en face du droit privé.* „L'utilité et la réformation" du royaume, c'est à dire *la politique et l'administration, voilà le vrai domaine législatif du roi.*" — Auch für die Niederlande, zur Zeit der Republik, war die Gesetzgebung der Provinzial-Staaten auf dem Gebiete des Privatrechts hauptsächlich auf Kodifikation gerichtet. FOCKEMA ANDREAE: Bijdragen tot de Nederlandsche rechtsgeschiedenis, 4e Bundel, 1900.

führung des Gegensatzes zwischen droit civil und droit administratif, sondern auch in einer prinzipiellen Trennung der mit der Anwendung dieses Rechts beauftragten Behörden: Verwaltung und Justiz. Diese Trennung, die in Frankreich vorzugsweise als la séparation des pouvoirs gilt, hat, bei dem Einfluss den das ausgebildete französiche öffentliche Recht auf den übrigen Kontinent übte, die Doktrin in Deutschland und den Niederlanden lange Zeit beherrscht und der Einführung einer selbständigen Verwaltungsrechtspflege im Wege gestanden. Erst nach dem Erscheinen von Bähbs „Rechtsstaat" wird der Bann des Gegensatzes zwischen Verwaltung und Justiz gebrochen, und es beginnt der Gedanke Raum zu gewinnen, dass die Justiz auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts eine ebenso selbständige und gleichwertige Funktion zu verrichten hat, wie auf dem des Privatrechts.

Als eine feststehende Tatsache dürfen wir also annehmen, dass das Privatrecht auch in Frankreich nicht, und vielleicht in Frankreich am allerwenigsten, Königsrecht gewesen ist, und dass auch dort wie in Deutschland eine dualistische Gewalt, die des Rechts und die des Staates geherrscht hat. In Frankreich zeigt dieser Dualismus sich sogar äusserlich in dem Institut „de l'enrégistrement des lois." Dort stand nämlich das gemeine Recht unter der Hut der Parlamente, und um rechtskräftig zu werden musste das Königsrecht, wo es in das gemeine Recht eingriff, vorher durch das betreffende Parlament registriert sein. Hier wurde mithin die Autorität des gemeinen Rechts durch eine vollkommen selbständige Macht geschützt; und nicht direkt sondern nur unter Mitwirkung jener Macht konnte die Regierung daran

zum Behufe der öffentlichen Interessen etwas ändern. Zwar konnte die durch ein Parlament abgelehnte Einschreibung einer königlichen Ordonnance, durch ein sogenanntes lit-de-justice durchgesetzt werden, aber die Bedeutung eines solchen lit-de-justice lag nicht darin, dass die Justiz vor der königlichen Gewalt zurückzutreten hatte. Der König, die Delegation zur Rechtsprechung aufhebend, kam in das Parlament und sass selbst zu Gericht; er nahm damit die Funktion des Parlaments wiederum in eigene Hand und konnte nun statt desselben die Registrierung der Ordonnance befehlen, sodass prinzipiell wenigstens die nämliche Gewalt tätig blieb. Um aber die durch das droit d'enrégistrement der Parlamente entstehenden Schwierigkeiten zu vermeiden, kam der König immer mehr dazu, ihnen die Rechtspflege für die öffentlichen Interessen zu entziehen und dieselbe einer nur von ihm abhängigen Magistratur zu überweisen. Das verschärfte den Gegensatz zwischen der Gewalt des gemeinen Rechts und der Regierungsgewalt nur noch mehr, und trotz der Machtüberspannung des Absolutismus offenbarte sich also in klarster Weise in dem gemeinen Recht eine selbständige, von dem Staate unabhängige Gewalt, die auch den Staat selbst beherrschte[1]).

---

[1]) In Ákos v. Tímons Ungarischer Verfassungs- und Rechtsgeschichte, übersetzt von Dr. F. Schiller (1904), wird auch für Ungarn der Unterschied zwischen Volksrecht und Königsrecht betont und von letzterem ebenfalls gesagt, dass es überwiegend öffentlich-rechtlichen Inhalt hat und nur ausnahmsweise privatrechtliche Bestimmungen enthält. Bei der Besprechung der Rechtsbildung im Mittelalter macht der Verfasser folgende charakteristische Bemerkung: „Die von der Königlichen Gewalt ausgehende Rechtsbildung, die Königlichen Decrete vermochten allein

7. Fortdauer und Aufhebung des Dualismus. Die persönliche Gewalt des Königs und die unpersönliche Gewalt des Rechts sind in Deutschland und Frankreich erst verschmolzen und zu einer gewissen Einheit gebracht mit dem Anfang des konstitutionellen Systems. Der Absolutismus hat den Dualismus nicht zu beseitigen vermocht.

Die historische Bedeutung des Absolutismus liegt in der Konzentration persönlicher Obrigkeitsgewalt, welche im Mittelalter zersplittert und in eine grosse Anzahl unzusammenhängender, kleiner Gewaltszentra zerstreut geraten war. Das Königtum hat alle diese Splitter persönlicher Gewalt in einem grossen persönlichen Befehlsrechte, in der Souveränität des Monarchen absorbiert. Die Erfüllung dieser für die Monarchie bestimmten Aufgabe hat eine eigene Rechtsordnung mit sich gebracht, deren Gültigkeit auf der persönlichen Gewalt des Königs beruhte. Diese Rechtsordnung wird durchaus bedingt durch das mit der Monarchie zu erreichende Ziel: die Herstellung der Einheit der obrigkeitlichen Gewalt für das ganze Volk. Demgemäss bringt sie die Beziehungen zwischen dem Staat einerseits und den Bürgern andererseits zum Ausdruck und ordnet die Stelle, welche die

---

Kraft der nationalen Rechtsüberzeugung, vermittelst Rechtsgewohnheit der Landesbewohner den Charakter der Beständigkeit zu gewinnen und sich als Recht d. h. *von der königlichen Gewalt unabhängige*, dauernde Regeln mit allgemein bindender Kraft zu behaupten" (S. 310). Die Notwendigkeit einer Bestärkung von Gesetzen durch Gewohnheitsrecht wird oft im ständisch-monarchischen Staate angetroffen. Diese Art von Bestärkung (corroborare legem) heisst *usuroboration.* Siehe TEZNER: Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts, 1901, S. 47. (SCHMOLLERS Forschungen XIX).

öffentlichen Interessen in der Gesellschaft einnehmen. Dieses Recht ist obrigkeitliches Recht. Aber neben dieser Rechtsordnung, dem öffentlichen Recht, und ausserhalb desselben liegt ein anderes grosses Rechtsgebiet, das Gebiet nämlich, welches die Ordnung des Zusammenlebens der Bürger untereinander umfasst. Letztere Ordnung ist unabhängig von der Regierung zur Ausbildung gekommen und steht ihr bei der Erfüllung ihrer Aufgabe nicht selten im Wege. Sie lähmt sie z. B. in der Anwendung der Expropriation und in der Steuererhebung.

Die Befugnis dazu ergibt sich aus dem Souveränitätsrecht noch nicht, mithin muss sie zu andern Titeln ihre Zuflucht nehmen. Für die Enteignung wird ein dominium eminens konstruiert, das später auch als Titel für manche Regalia, den Bergbau z. B., herangezogen ist; oder aber sie wird auf dem privatrechtlichen Grund einer iusta causa fundiert. Die Besteuerung wird durchgeführt in der Form einer „Bede", zu bewilligen durch die Stände, welche nachher selber die Einziehung besorgen. Anfänglich wird also die Steuererhebung als ein Vertrag, eine Schenkung betrachtet. Erst spät finden Enteignungs- und Besteuerungsrecht in dem öffentlichen Recht ihren Titel. Damit ist dann aber auch der Höhepunkt der persönlichen Obrigkeitsgewalt erreicht. Rechtseinheit zu stande zu bringen, ist der Monarchie in Frankreich nicht gelungen. Während sie den Absolutismus auf die Spitze treibt, die königliche Gewalt die ganze Gesellschaft beherrscht, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts also vollkommene Einheit erreicht ist, zeigt das nicht-staatliche Recht — oder um den alten Namen zu behalten, das Volksrecht — eine grenzen-

lose Verwirrung[1]). So ist der Zustand in Frankreich.

In Deutschland finden wir so ziemlich das Umgekehrte. Während die politische Geschichte uns drüben die Vereinigung zersplitterter Gewalt zu einem kräftigen Königtum sehen lässt, zeigt sie in Deutschland das Auseinanderfallen einer starken zentralen Gewalt in viele kleine Landeshoheiten, infolgedessen dieses Land beim Wendepunkt in der politischen Lage der kontinentalen Länder, der französischen Revolution, zu einem vollständig zerstückelten politischen Körper herabgesunken ist. Dagegen kann Deutschland, was das Privatrecht anbelangt, sich einer gewissen Einheit rühmen, welche durch die Rezeption des römischen, kanonischen und feudalen Rechts zu stande gekommen war. Diese Rechtseinheit war auf dem Gebiete des Privatrechts freilich nur subsidiäres Recht, weil Landes- und städtisches Recht prävalierten, aber, wenn auch die damalige Rechtseinheit sich bei weitem nicht deckt mit der gegenwärtig in Deutschland bestehenden, so ist doch in dem „heutigen römischen Recht", dem Erbteil der früheren politischen Einheit Deutschlands, die Gewaltseinheit erhalten geblieben, welche dort der staatlichen Gewalt bis in die zweite Hälfte des XIX. Jahrhunderts gefehlt hat.

Während Frankreich es also zu der Vereinigung der Staatsgewalt gebracht hat, jedoch der Rechtseinheit entbehren musste, begegnet uns in Deutschland *ein* gemeines Recht aber eine in viele Teile auseinander gerissene Staatsgewalt.

---

[1]) MAINE: Ancient Law, 1880, S. 83, 84. In seinem „Early history of institutions", S. 381 ff, weist er nach, wie auch in den orientalischen Despotien „the independent obligatory force of the civil rules" sich offenbarte.

Das einzige Land, in dem sowohl die Rechts- als die Staatsgewalt zur Einheit gekommen sind, ist *England.* In England hat sich schon früh, infolge der Eroberung durch den Normannenherzog, eine kräftige zentrale Macht eingesetzt, und zwar auf solcher Grundlage, dass dieses Land vor dem Schicksal Deutschlands bewahrt blieb und es auch nicht, wie Frankreich, die Konzentration der Staatsgewalt erst in langem Kampfe zu erringen brauchte. Die Konzentration war in England seit dem XI. Jahrhundert eine Tatsache, also bereits in der Zeit, wo in Frankreich noch die feudal geordnete Staatsgewalt die Überhand hatte und die Monarchie mit ihren undefinierten Rechten nur ein schwaches Gewaltszentrum bildete. Das französische Königtum hat sich in der Herstellung der Gewaltszentralisation erschöpft, die Volkseinheit auch auf dem Gebiete des Volksrechts hat es, trotz vieler Versuche, Frankreich nicht geben können; erst der Revolution ist die Beseitigung der Rechtsverschiedenheit durch Aufhebung der Stände gelungen.

Für England, durch seine insuläre Lage überdies der Notwendigkeit enthoben, seine Selbständigkeit gegen äussere Feinde zu schützen, bestand die nächste Aufgabe des gesicherten und mächtigen Königtums darin, das bunte Gewirr der Rechte, worunter auch dort die verschiedenen Stämme lebten, durch gemeines Recht zu ersetzen. Das Mittel dazu ist die Rechtspflege, besonders das Institut der umgehenden Richter aus dem königlichen Hofgerichte. Aus den Urteilen bildete sich ein eigenes Recht, das als common law zur Geltung kam. Daneben entstand aber auch ein direktes Königsrecht, welches der König als oberster Lehnsherr für seine Domänen erlassen konnte. Eine Zeit lang war die Möglichkeit

nicht ausgeschlossen, das der König die gesamte Rechtsbildung an sich hätte ziehen können, bis dieser Gefahr vorgebeugt wurde durch die Entwicklung des Parlaments, welche dazu schon frühzeitig, bereits im XIII. Jahrhundert, genügend vorgeschritten war. JENKS hat in seinem trefflichen Werk „Law and politics in the middle ages" die Bedeutung des Parlaments in dieser Hinsicht betont[1]). Er hebt hervor dass man das Parlament nicht in erster Linie als eine Beschränkung der absoluten königlichen Gewalt zu betrachten habe, sondern als ein alle partikularistischen Rechtsquellen zusammenfassendes Institut. König, Vasall, Volk, Richter, Kaufmann und Klerus, alle haben Recht produziert für ihren Kreis oder für ihr Gebiet. Man bringe alle diese rechtbildenden Faktoren zu gemeinsamer Tätigkeit zusammen, und das Resultat muss ein Recht sein, das mächtiger, besser und deutlicher ist als das bestehende partikularistische. Ob König Eduard, der Justinian der Briten, diese Absicht bei dem Parlament-system klar vor Augen gehabt hat, das möge dahingestellt bleiben, sagt JENKS[2]), aber die grosse Tatsache bleibt bestehen, dass er damit den mächtigsten Apparat zur Rechtsbildung in der ganzen teutonischen Welt ins Dasein gerufen und England zu einer ganz einzigartigen Stellung in der Geschichte des Rechts verholfen hat. Auch das kanonische Recht in den Schmelzofen des Parlaments zu werfen, misslang anfangs noch; dieses blieb noch eine Weile mit dem nationalen in Konkurrenz. Aber mit der Reformation

---

1) S. 43, 63.

2) l. c. S. 44. GNEIST, Englische Verwaltungsgeschichte, 1882, S. 284.

schlägt auch diesem die Stunde und es gibt für ganz England nur *eine* Rechtsquelle: the King in parliament.

Durch jene Rechtskonzentration war die Gewalt in England viel stärker, als sie es in Frankreich und Deutschland, sogar zur Zeit des Absolutismus gewesen ist. Denn, wie JENKS bemerkt[1]) und wie durch viele Publizisten bestätigt wird, gab es in Frankreich und Deutschland ein Gebiet an das der König nicht rühren konnte: das Privatrecht. In England hingegen galt das durch das Parlament erkannte Recht, wenigstens nach der Reformation, für das gesamte Königreich als Gesetz, dem gegenüber weder Privileg noch Herkommen Kraft besass. In England war mithin bereits frühzeitig für alle Interessen, für die besonderen Interessen der Bürger wie für die öffentlichen oder Staatsinteressen *ein* Organ ausgebildet, wodurch es in England einen Gegensatz beispielsweise zwischen bürgerlichem und Handelsrecht nicht gibt. Ebensowenig — und das ist für uns von Wichtigkeit — einen Gegensatz zwischen Obrigkeitsrecht und Volksrecht. Obrigkeit und Volk waren, eben als King in parliament, zu *einem* Rechtsorgan vereinigt.

Aber die ausschliessliche Herrschaft des Rechts war damit doch noch nicht vollständig hergestellt. Neben, manchmal gegenüber der Rechtsgewalt, stand anfänglich noch eine persönliche Gewalt, die königliche Gewalt, kraft deren der König durch den Erlass von ordinances, später von proclamations gesetzgebend aufzutreten vermochte[2]). Diese Befugnis ist sogar eine Weile durch

---

1) l. c. S. 55.

2) DICEY: Introduction for the Study of the Law of the Constitution, 3e ed., S. 48.

Parlamentsstatut sanktioniert gewesen, aber jenes Statut ist unter Eduard VI wieder aufgehoben, als durchaus im Widerspruch stehend zu „the whole tenure of English law". Hätte der englische König diese Befugnis behalten, sagt DICEY, er „would have become nearly as despotic as a french monarch". Dann wäre vielleicht der Gegensatz zwischen Volks- und öffentlichem Recht in England genau so ausgeprägt worden, wie in Frankreich. Nach der Aufhebung hatte eine königliche proclamation nur die Bedeutung, welche ihr nach dem common law zuerkannt wurde, und diese Bedeutung wurde im Jahre 1610 durch das Gericht in dieser Weise bestimmt: „royal proclamations have in no sense the force of law; they serve to call the attention of the public to the law, but they cannot of themselves impose upon any man any legal obligation or duty, not imposed by common law or by act of Parliament" [1]). Heutzutage haben die „proclamations" oder „orders in council" nur Bedeutung als Bekanntgebung des „executive will of the King, as when parliament is summoned" oder „else when orders in council have authority given to them by act of parliament".

Der kardinale Punkt hat indessen eine viel weitere Tendenz als die blosse Frage, ob der König durch ordinances oder proclamations aus eigner Machtvollkommenheit auftreten, d. h. eine eigne Gewalt neben oder gegenüber der Gesetzes- oder Rechtsgewalt gelten lassen konnte. Es ist die Frage, welche, im XVII. Jahrhundert gewaltsam entschieden, ihre praktische Lösung aber erst im XVIII[ten] gefunden hat: die Frage nämlich

---

1) l. c. S. 51, 52.

nach der Suprematie des Königs oder des Parlaments. Sie ist in England beantwortet durch den Sieg des parlamentären Systems. Wenn von einer Souveränität hier überhaupt die Rede sein kann, so kam der Titel realiter dem Parlamente zu. Aber in dem System liegt mehr als die Anerkennung der Suprematie des Parlaments. Es bedeutet das *gänzliche* Verschwinden der *persönlichen* Gewalt. Bis an die „glorious revolution", praktisch aber noch bis tief in das XVIII. Jahrhundert hinein, verblieb dem Könige, obwohl sein selbständiges Befehlsrecht verneint wurde, die Teilnahme an der gesetzgebenden Gewalt, sodass die Herrschaft des Rechts zum Teil noch immer in der persönlichen Gewalt des Königs begründet blieb. Seit der Umwälzung von 1689 jedoch geht das Bestreben dahin, die persönliche Gewalt zu eliminieren und die exklusive Gewalt, welche das Parlament, dadurch dass es Rechtsorgan war, beanspruchen konnte, zur vollen Herrschaft zu bringen. Mit der Erreichung jenes Zieles hat das Recht unpersönliche Geltung bekommen, und es kann von England heissen, dass es die Lehre von der *Rechts*souveränität realisiert hat. Damit ist keineswegs gesagt, dass das Recht die *höchste Gewalt* geworden ist und auch den König bindet, sondern vielmehr dies: dass es *keine andere Gewalt* gibt, als die Rechtsgewalt und dass alle, durch den König oder wen sonst, erlassenen Befehle nur als *Rechts*befehle bindende Gewalt besitzen. Eine ausserhalb des Gesetzes oder des Rechts bestehende persönliche Gewalt kennt England nicht mehr: „Englishmen", sagt DICEY [1]) „are ruled by the law and *by the law alone*".

---

1) l. c. S. 189.

In England ist mithin nicht nur frühzeitig der Dualismus von Rechts- und Obrigkeitsgewalt überwunden, sondern es ist dort auch die gewonnene Gewaltseinheit, seit der vollen Ausbildung des Parlamentarismus, seitdem also das in der Monarchie fortlebende persönliche Recht auf Gewalt entkräftigt war, ausschliesslich *Rechtsgewalt* geworden. Das gleiche hat, wenn auch später, in Frankreich und den Niederlanden stattgefunden.

In den deutschen Ländern hingegen ist der Dualismus von Obrigkeits- und Rechtsgewalt noch nicht ganz beseitigt, weil die Monarchie in Deutschland, wenn auch in abnehmender Bedeutung, ihr Recht auf Gewalt noch immer gelten lassen kann. Der sich bahnbrechende Rechtsstaat zwingt zu der Anerkennung der Souveränität des Rechts und postuliert eine Herleitung jeder Gewalt aus der Rechtsgewalt. Aber die monarchale Strömung, genährt durch den Militarismus, ist in Deutschland noch so stark, dass das deutsche Staatsrecht umgekehrt jede Gewalt auf die monarchale Gewalt zurückführt und sich damit — als Folge der Doktrin dass bei dem Könige die ganze Staatsgewalt beruhe — auf den Standpunkt der Staatssouveränität stellt. Man schwankt dort also zwischen zwei sich widersprechenden Gedanken, wodurch, wie wir im zweiten Kapitel zeigten, die wissenschaftliche Erklärung und Konstruktion der Tatsachen ernstlich beeinträchtigt wird.

Der praktische Unterschied zwischen Deutschland einerseits und England anderseits liegt also darin, dass in ersterem Lande noch immer zweierlei Gewalt angenommen wird: Staatsgewalt und Rechtsgewalt; dass hingegen in England, (wie auch in Frankreich, den Niederlanden und zum Teil in Amerika), als herrschend nur eine

einzige Gewalt angesehen wird. Für England nannten wir diese Gewalt, nach DICEYS Vorbild, die Rechtsgewalt, sodass dort praktisch die Lehre der Rechtssouveränität gilt. Aber in der Theorie wird in England und teilweise auch in den andern angeführten Ländern die Rechtsgewalt auf die Staatssouveränität zurückgeführt und als eine Folge derselben betrachtet, wie das auch in Deutschland meistens der Fall ist. Darum ist es jetzt erforderlich der Lehre von der Staatssouveränität näher zu treten und uns namentlich die Frage vorzulegen: woraus der Staat seine Gewalt ableitet, wenn deren Begründung in dem Recht verneint, m. a. W. die Lehre von der Rechtssouveränität nicht akzeptiert wird.

VIERTES KAPITEL.

DIE LEHRE VON DER STAATSSOUVERÄNITÄT.

8. Die englische Rechtsschule. Die Lehre von der Staatssouveränität führt jede Gewalt in der Gesellschaft auf die Wirkung der Staatsgewalt zurück. Infolgedessen ist auch das Recht, sowohl hinsichtlich des Inhalts als der Gültigkeit, oder nur in Hinsicht auf Geltung, Ausfluss jener Gewalt.

Diese Lehre wurde zuerst jenseits des Kanals wissenschaftlich erläutert. Die frühzeitige Zentralisation der gesamten Rechtsproduktion in England, welche im vorigen Kapitel hervorgehoben wurde, hat die Wissenschaft in jenem Lande dazu gebracht, in dem Recht einen Befehl der Obrigkeit zu erblicken [1]. Den Charakter des positiven Rechts, im Gegensatz zu dem Naturrecht, hat zu allererst HOBBES bestimmt, indem er als Merkmale des ersteren den Ursprung aus dem Staate und die Handhabung durch den Staat bezeichnete. BENTHAM hat diesen Gedanken weiter entwickelt, besonders aber hat dessen Schüler AUSTIN ihm eine feste Form gegeben in seinen „Lectures on jurisprudence", aus welchen die englische „analytical school of jurisprudence" hervorgegangen ist [2].

---

[1] JOHN M. LIGHTWOOD: The nature of positive Law, 1883, S. 256, 391.

[2] WESTEL WOODBURY WILLOUGHBY: An examination of the nature of the State, 1896, S. 162.

AUSTIN [1]) fasst jenen Gedanken folgendermassen zusammen: „Every positive law is set by a sovereign person or by a sovereign body of persons to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme" [2]). Damit ist der Kern der Lehre von der Staatssouveränität am einfachsten zum Ausdruck gebracht. Nimmt man den Souverän an, dann ist das Gesetz nichts weiter als ein den Untertanen durch den Souverän gegebener Befehl (a command). Ausgangspunkt der Lehre ist also der *Souverän*, was aber AUSTIN nicht abhält, sich erst am Schluss seines Buches mit dem Ursprung des Souveräns zu beschäftigen. Dass das Recht ein Befehl des Souveräns sei, führt er strenge durch. Durch blosse Gewohnheit gebildetes, vom Richter anzuwendendes Recht kennt er nicht. Erst wenn eine Gewohnheitsnorm durch die Justiz angewendet wird, ist sie zum positiven Recht geworden. Bis dahin ist sie „a rule of positive morality" [3]). Dass aber das Bestehen oder das Nichtbestehen eines Gewohnheitsrechts ein Punkt von fundamentaler Bedeutung sei, gibt WILLOUGHBY zu [4]). Davon hängt, sagt er, nicht nur der essentielle Charakter des positiven Rechts sondern auch der Charakter der Souveränität des Staates ab. Gibt es neben dem Staatswillen noch eine andere Rechtsquelle, dann beruht die Souveränität nicht mehr einzig und allein bei dem Staate [5]).

---

[1]) The province of jurisprudence determined, 2d ed., 1861, I S. 169.

[2]) Fast textuell BENTHAM entnommen: Works of Jeremy Bentham by JOHN BOWRING I S. 263, chap. I, sub X; S. 290, chap. IV.

[3]) AUSTIN l. c. S. 23.

[4]) l. c. S. 165.

[5]) l. c. S. 165: „The question is to be admitted that rules of legally

WILLOUGHBY akzeptiert das Austinsche System ausnahmslos, fühlt sich dann aber auch zu dem Bekenntnis gezwungen: „Let it be frankly admitted, that judicial legislation is *ex post facto* legislation." Solche rückwirkende Kraft hat das Gesetz in der Regel nicht; das ist sogar einer der Grundsätze der Gesetzgebung. „When however we come to judicial legislation, we come to a field, where this ex post facto principle is not recognised [1])."

Eine Folge dieses strengen Standpunktes ist natürlich dass eine Gebundenheit des Staates durch das Recht ausgeschlossen ist. Zwar versucht es der Verfasser die Möglichkeit einer solchen Gebundenheit in ähnlicher Weise darzutun, wie wir das bei JELLINEK fanden (Selbstverpflichtung), aber diese Erklärung ist, wie wir sahen, unannehmbar. Dass auch internationales Recht den Staat nicht binden kann, ist hier selbstverständlich. Solches Recht ist nicht der Befehl eines über die Staaten gesetzten Souveräns. „The State", sagt er, „can be legally bound (!) only by its own will" [2]) und es ist daher einleuchtend, dass er dem internationalen Recht den Charakter eines positiven Rechts absprechen muss [3]).

Woher nun aber der Souverän? AUSTIN sagt uns wer in einem bestimmten Fall Souverän ist: „If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a

---

binding force may be created independently of the State's action and therefore in limitation of it, or whether the political Sovereignity is to be vieuwed as the whole source whence all legal obligation springs."

[1]) l. c. S. 175, 176: „The action of the court", sagt WILLOUGHBY, ist dann „not simply interpretative, but actually creative of Law."

[2]) l. c. S. 196.

[3]) l. c. S. 177.

like superior, receive habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society [1])." Damit hat AUSTIN eigentlich alles gesagt, was es zu sagen gibt. Der Gehorsam der Bürger konstituiert den Souverän. AUSTIN untersucht zwar auch die Ursache dieses Gehorsams; er findet als solche, wie BENTHAM [2]), the principle of utility, wenigstens für den gebildeteren Teil der Bevölkerung [3]), aber weil jede Gesellschaft auch eine grosse Anzahl ungebildeter Elemente enthält, lässt er auch die Wirkung anderer Motive gelten, welche mit dem Utilitätsprinzip nichts zu schaffen haben: Gewohnheit, monarchale Gesinnung, u. s. w.; was dabei auch weiter mit tätig sein möge: ihm genügen die beiden *Tatsachen* des Befehlens einerseits, des Gehorchens anderseits.

Ein Befehls*recht* kennt er so wenig, wie eine *rechtliche* Verpflichtung des Gehorsams. „In respect of positive law, a sovereign political government which is established or present, is neither lawful nor unlawful. In respect of positive law, it is neither rightful nor wrongful, it is neither just nor unjust. Or (changing the expression) a sovereign political government, which is established or present, is neither legal nor unlegal [4])." Ähnlich sagt WILLOUGHBY: „Sovereignty, upon which all legality depends, is itself a question of *fact* and not of *law*" [5]); jedoch bedeutet dieser Ausspruch bei ihm,

---

1) l. c. S. 170.

2) A fragment of government: Works of Jeremy Bentham by JOHN BOWRING, I, chap. IV.

3) l. c. S. 268, 269.

4) AUSTIN, l. c. I S. 312, 313.

5) l. c. S. 217.

wie sich später zeigen wird, etwas anderes als bei AUSTIN. Bei AUSTIN ist Souveränität ein Attribut einer bestimmten Person oder eines bestimmten aus einer Mehrzahl von Personen gebildeten Körpers, als Folge des „habit of obedience" der Masse der Bevölkerung, dieser Person oder diesem Körper gegenüber. Hier haben wir demnach ein rein persönliches Verhältnis, eine rein persönliche Gewalt, jedoch eine Gewalt die bloss psychologisch erklärt wird, als entstanden durch „the habit of obedience" des Volkes, während anderswo die persönliche Gewalt z. B. theologisch erklärt und als aus Gottes Willen hervorgegangen betrachtet wurde. Der Grund der Verbindbarkeit des Gesetzes liegt also bei AUSTIN nicht in dem Inhalt des Verordneten sondern in dem Willen der Bürger, um den Vorschriften einer bestimmten Person Folge zu leisten; mithin in einer persönlichen Unterordnung, welche sie aber selbst zu stande gebracht haben oder zu stande bringen und welche also nicht auf andere Weise, z. B. durch göttliche Einsetzung, entstanden ist.

Damit fällt aber die selbständige Geltung des Gesetzes. Von einer der Menschen Tun und Wollen beherrschenden Gewalt kann hier nicht die Rede sein, denn aus dem Willen eben derer, die dem Gesetze zu gehorchen haben, entstammt auch seine Geltung; diese beruht ja auf der in einer Person dadurch konstituierten Gewalt, dass die Bürger sich jener Person unterworfen haben. Aber damit wird auch der Charakter eines Befehls (a command) hinfällig, der nach AUSTIN das Kriterium des Gesetzes ist, und es zeigt sich, dass sein Gedankengang nichts andres ist als eine Reproduktion der Lehre von der Volkssouveränität im Sinne ROUSSEAUS.

Austins ganze Ausführung ist anwendbar auf jede Bande, auch Räuberbande, welche sich einer bestimmten Person unterordnet und folglich in „the habit of obedience" auftritt; sie gibt eine Begriffsbestimmung der persönlichen Gewalt im allgemeinen, wie solche in der Gesellschaft in den verschiedensten Kreisen angetroffen wird; sie sagt, wie eine solche Gewalt sich bildet und worin sie ihre Wurzeln hat. Aber sie erklärt durchaus nicht das Besondere, wodurch die Staatsgewalt sich von jeder andern Gewalt unterscheidet. Und diese Erklärung kann auch nie gegeben werden, solange man den Befehl oder den Imperativ, durch welchen die Gewalt sich äussert, von dem Inhalt des Befehls trennt. Solange man das tut — und die Lehre von der Staatssouveränität tut es, in welcher Form man sie auch vortragen möge — operiert man mit einer Abstraktion, die es notwendig macht zu einem Träger der Gewalt, mithin zu einer persönlichen Gewalt seine Zuflucht zu nehmen. Von einer solchen persönlichen Gewalt gibt Austin die denkbar allgemeinste Erklärung, aber er vergisst, dass seine, auf jede persönliche Gewalt anwendbare Erklärung, gerade das Hauptmoment vernachlässigt, nämlich das Besondere der Staatsgewalt oder der Gewalt die in der Lehre von der Staatssouveränität auf das Konto des Staates geschrieben wird. Nur durch Berücksichtigung des Befehls-*inhalts* ist jenes Besondere zu erklären. Dieses nun tut die Lehre von der Rechtssouveränität indem sie den Imperativ aus dem *Rechts*-inhalt der Norm herleitet. Damit entgeht man zu gleicher Zeit der der Lehre von der Staatssouveränität anhaftenden Schwierigkeit, dass es nämlich eine persönliche Gewalt geben soll ausser allem Zusammenhang mit irgend einem

Zweck, während unerklärt bleibt, warum jenes Befehlsrecht gerade zur Erfüllung *jener* Zwecke angewandt wird, welche vorzugsweise als Staatszwecke gelten. In der Lehre von der Rechtssouveränität ist dieser Zusammenhang von vornherein einleuchtend, weil mit dem Recht nicht nur die — mit seiner imperativen Natur verknüpfte — Gewalt gegeben, sondern auch der Zweck bestimmt ist, zu dessen Verwirklichung die Gewalt besteht, da das Recht, wie im nächsten Kapitel begründet werden soll, durch die Realisierung eines Zweckes bestimmt ist und diesem Zwecke auch seinen verbindenden Inhalt entlehnt.

Zu demselben Resultat, als das durch AUSTIN erzielte, führt auch die Ausführung WILLOUGHBYS. Bei letzterem finden wir anfänglich, statt des persönlichen Souveräns, den Staat. Der Staat aber ist eine juristische Person und lebt folglich nur in seiner Organisation. „The state is society politically organised, and there can be no state action or political existence outside of such organisation [1]."

Während die Gewalt des Staates in abstracto unbegrenzt ist, hat der wirkliche Staat nur beschränkte Gewalt. Jedes Gesetz ist eine Schmälerung der dem Staate in abstracto zukommenden Souveränität. „All law is a formal limitation of sovereignty [2]." Wir könnten diesen Gedanken auch dahin ausdrücken, dass die als Organe des Staates tätigen Personen durch das Gesetz gebunden werden, nicht aber der Staat selbst.

---

[1] l. c. S. 206. Der Verfasser nennt diese Organisation: „government". „The Government is the State's organisation."

[2] l. c. S. 209.

WILLOUGHBY unterscheidet zwischen Staat und Organen und bestreitet AUSTIN, der das nicht tut und, wie wir sahen, nur eine persönliche Souveränität kennt. Da diese persönliche Souveränität unbeschränkt sein muss, verneint er den Rechtscharakter des konstitutionellen Rechts, das eben eine Beschränkung des Trägers der Souveränität bezweckt. WILLOUGHBY hingegen, der Staat und Government sondert und ersterem Souveränität zuerkennt, bejaht den Rechtscharakter der konstitutionellen Vorschriften, als für das Government erlassen: „Constitutional provisions do not purport to control the State, but the government[1]."

Nun ist aber das Gesetz ein Produkt des Staates, folglich die durch ein Gesetz begründete Organisation ebenfalls. Um aber eine Organisation zu schaffen, muss es vorher ein Organ geben. Man befindet sich in einem circulus vitiosus, aus dem man nur hinaus geraten kann durch die Annahme, dass der Staat wenigstens einmal ein Organ gehabt haben muss, welches er nicht selbst ins Dasein gerufen hat. Die Art dieses Urorgans zu erforschen ist aber, sagt WILLOUGHBY, nur dann erforderlich, wenn in keiner Weise vorgesehen sein sollte, wie die Verfassung, — das die Organisation des Staates enthaltende und dem Eingreifen des gewöhnlichen Gesetzgebers entzogene Grundgesetz, — abgeändert werden kann. In *dem* Falle hat man zu fragen: Wer gab die Verfassung? War es der König der sie erliess, dann vermag auch nur dieser allein daran zu rühren, denn die Verfassung ist sein Produkt. Wie aber wenn sie auf revolutionärem Wege zu stande kam? Dann gehört das Abänderungsrecht der Konstitu-

---

[1]) l. c. S. 204.

tion dem Volke[1]) — „acting as a democratic organ of government". Für den Staat muss es zu jeder Zeit irgendwo ein Organ geben „to express a will that is sovereign and therefore without limitation". Also ist auch bei ihm die Souveränität des Volks schliesslich die Grundsäule, auf welcher der Staat und im Gedankengang WILLOUGHBYS auch das Recht beruht. Verfassung des Staates, mithin auch die kraft der Verfassung durch den Staat erlassenen Gesetze — das alles ist Recht, kraft der Souveränität des Volks, „acting as a democratic organ". Und verhält es sich so, dann ist nicht einzusehen, weshalb, nachdem die Organisation einmal hergestellt ist, jenes Organ nicht auch einzugreifen vermag, falls in der Verfassung die Art und Weise ihrer Abänderung wohl vorgesehen ist. Das aber verneint der Verfasser. „It is to be emphasized, however, that, any provisions for the amendment of a constitution once established, the action of the sovereign State is henceforth formally limited thereby." Dieses passt aber durchaus nicht in das System. Sowie ein Gesetz modifiziert werden kann durch ein späteres Gesetz, aber auch durch eine über dem Gesetz stehende Gewalt, durch die konstitutionelle Gewalt, so kann auch die Konstitution nicht nur geändert werden auf dem Wege, den sie selbst bestimmt, sondern auch durch die Gewalt, welche sie hervorruft. Wird das geleugnet, dann ist die selbständige Geltung des Rechts daraus die notwendige Folgerung. Denn in dem Falle beruht die Autorität der Verfassung nicht auf der Gewalt ihres Darstellers, sondern war jene Gewalt bloss Organ für das in der Verfassung ver-

---

[1]) l. c. S. 216, 218, 219.

körperte Recht, und für die Beantwortung der Frage, wie solches Grundgesetz zu ändern, ist nur dieses Recht massgebend. Es ist eben der Fehler WILLOUGHBYS und so vieler andrer, dass sie für die Gültigkeit des Rechts einen Grund suchen ausserhalb des Rechts. Das Gesetz stützen sie auf die Verfassung, die Verfassung auf den Volkswillen. Ein durchaus falscher Gedankengang. Auch bei Revolutionen handelt die sich aufwerfende Gewalt immer als Organ des Rechts. Das dekretierte Gesetz gilt in solchen Fällen nicht weil es von der Person herrührt die sich derzeit zum Träger der Gewalt aufgeworfen hat, sondern weil jene Person derzeit das Organ des Rechts ist. War es ein Grundgesetz und enthält es eine Bestimmung über die Art und Weise in welcher es allein abgeändert werden kann, so gilt solche Bestimmung ausnahmslos für alle, auch für jene, die als derweilige Organe des Rechts das Gesetz zu stande brachten. Die entgegengesetzte Ansicht geht von der Annahme aus, dass ein Grundgesetz gilt kraft des Willens dessen, der es gab; dann gilt es zu untersuchen, woher diesem die Befugnis dazu gekommen ist, resp. seinem Urheber u. s. w. bis, „to the original creation of the State and to the establishment of its government"[1]). Ist die Urquelle der Konstitution erforscht — und nach dem Verfasser ist sie schliesslich immer im Volk zu finden — dann kann diese, auf deren Willen alles beruht, auch alles wieder ändern. Verwirft man dagegen die privatrechtliche Auffassung die dieser Ansicht zu Grunde liegt, und hält man fest an dem Organ-Charakter des Gesetzgebers, dann sieht man, dass der Wille der Person,

---

1) l. c. S. 305.

die als Organ fungierte, für die Gültigkeit des Rechts *nie* in Betracht kommt. Sie ist das Mittel, um das Recht zur Offenbarung zu bringen, das, einmal offenbart, aus eigner Kraft Gültigkeit hat, weil es Recht ist.

9. Die „theologische" Staatslehre. Der Gedankengang, der oben bestritten wurde, findet sich in der Niederländischen „anti-revolutionären" Staatslehre wieder. Am übersichtlichsten ist diese hauptsächlich STAHL entlehnte Staatslehre zusammengefasst in DE SAVORNIN LOHMANS „Onze Constitutie". „Weder im juristischen noch im historischen Sinne darf die Verfassung die Grundlage unserer Staatsinstitutionen genannt werden; es ist nicht richtig, dass die uns regierenden Behörden ihre Existenz aus derselben herleiten. Oranien war Souverän, bevor die von ihm verfasste und proklamierte Konstitution bestand [1])." Damit wird uns wieder die nämliche viciöse These geboten. Der König Souverän, weil die Verfassung von ihm herrührt; auch hier Verkennung des Organ-Charakters des Königs, als er die Verfassung gab. Es ist gleichsam, als wäre dem König ein Vorrat von Rechten verliehen die ihm gehören und die er nach Belieben verschenken kann. Wir wiederholen aber: der König war bloss das Organ des in der Verfassung von 1814 verkörperten Rechts, und nach dem damit konstituierten Rechte sind die Befugnisse der verschiedenen Staatsorgane zu beurteilen. Unterdessen folgt aber auch nach LOHMAN aus der Tatsache, dass der König die Verfassung schenkte, *nicht*, dass er sie nun auch nach freiem Ermessen wieder aufheben kann,

---

[1]) l. c. S. 24, 44.

1. weil die Schenkung nicht willkürlich stattgefunden hat, sondern aus dem Zwang der Verhältnisse, aus dem Entstehungsprozess unseres Staates hervorgegangen ist — ein Motiv, dessen Tragweite ich nicht zu beurteilen wage, weil es nicht auf juristischem Gebiet liegt; 2. weil die Verfassung die Weise bestimmt, in welcher sie allein abgeändert werden kann; aber dann steht ja die Verfassung über dem König, und gerade das wird in dem Werke LOHMANS verneint.

Der König ist souverän, nicht der Staat. Diese These, welche dem staatsrechtlichen Systeme DE SAVORNIN LOHMANS zu Grunde liegt, zeigt sonnenklar das Persönliche der Gewalt, das bei den meisten Publizisten unter der Theorie der Staatssouveränität verschleiert bleibt, welche Souveränität dann in dem Könige verkörpert wird. Von einer solchen Staatssouveränität will DE SAVORNIN LOHMAN nichts wissen; unter Staat versteht er Obrigkeit *und* Volk. Diesen Staatsbegriff können wir ausser acht lassen, weil wir hier bloss zu untersuchen haben, woher die in der Gesellschaft herrschende Gewalt stammt. Bei AUSTIN und seiner Schule ist diese Gewalt Ausfluss der Volkssouveränität d. h. des Volkswillens um einer bestimmten Person oder einem bestimmten Körper zu gehorchen, wodurch ein Recht zu befehlen, richtiger, eine Macht zu befehlen entsteht. Im Systeme DE SAVORNIN LOHMANS ist der Grund ein andrer. Bei ihm ist die Souveränität des Königs Ausfluss des göttlichen Willens, sodass in ihm die Schule der Gottes-Souveränität das Wort führt. Gott hat, mittelbar, das Haus Oranien zum Throne berufen und dadurch den König mit einem Recht zu befehlen bekleidet. Alle Gewalt ist königliche Gewalt; für eine eigene, selbständige Gewalt des Rechts ist auch

hier nicht Raum. Weiter unten, bei der Prüfung der Grundlagen der Gewalt, werden wir auch dieser Grundlage näher zu treten haben. Für den Augenblick genügt es, auch diesen Weg erwähnt zu haben auf welchem man zu der Annahme einer selbständigen Staats- und Obrigkeitsgewalt und der Erklärung der Geltung des Rechts aus dieser Gewalt gekommen ist.

Mit der „anti-revolutionären" Staatslehre nur äusserlich verwandt ist die römisch-katholische, die ich der Arbeit VIKTOR CATHREINS entlehne[1]). Nachdem er den Staat als eine natürliche vollkommene Gesellschaft definiert hat, stellt er in den Vordergrund die Notwendigkeit einer höchsten Gewalt, welcher die Gesamtheit untergeordnet sein müsse; der Bestand einer politischen Gewalt ist „eine notwendige Vernunftsordnung". Er erhebt dann die Frage: Wie entsteht die Staatsgewalt und woher stammt sie? worauf er die Antwort erteilt, dass Quelle und Grundlage der Staatsgewalt der uns durch die natürliche Vernunft erkennbare Wille Gottes ist. CATHREIN betont aber ausdrücklich, dass die Staatsgewalt an sich nicht mit dem Träger derselben verwechselt werden soll; „nur die *Staatsgewalt selbst* kommt unmittelbar von Gott". Und die Staatsgewalt definiert er als „das Recht die Glieder des Staates an der Erreichung des Gemeinwohls zu verpflichten". „In diesem Recht ist nicht nur die Befugnis, zu verbieten, sondern auch die, zu verbieten und zu strafen, enthalten, soweit es das Gemeinwohl erheischt." Bei CATHREIN hat also die Staatsgewalt

[1]) Moralphilosophie, 4. Aufl., 1904, II S. 452 ff. Siehe auch s. v. „Staat" und „Staatsgewalt" im Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 4. Aufl., 1904.

ganz genau dieselbe Natur wie bei den im zweiten Kapitel zitierten Schriftstellern. Das „Herrscherrecht" bei diesen ist doch aequivalent mit dem „Recht zu verpflichten" bei CATHREIN. Nur begründet letzterer dieses Recht durch Hinweis auf Gottes Willen, während die deutschen Publizisten uns bloss die Tatsache des Herrschens vorführen.

Aber jener Hinweis ist in dem System unsers Autors ganz bedeutungslos. Seine Gedanken sind, kurz gefasst, mit seinen eigenen Worten, folgende: Gott will, dass die Menschen in Gesellschaft leben. Also will Gott auch dasjenige, ohne welches diese Gesellschaft unmöglich ist, nämlich den Bestand einer Staatsgewalt. Wer den Zweck will, muss auch das dazu notwendige Mittel wollen. Was nun, fragen wir, bedeutet die Zurückführung der Staatsgewalt auf den Willen Gottes, wenn sie bereits aus den Zweck des Staates abgeleitet werden kann? Aber nicht nur die Notwendigkeit sondern auch der Inhalt der Staatsgewalt wird aus diesem Zweck erklärt. Denn als ersten Grundsatz stellt der Verfasser auf: „Die Staatsgewalt hat alle Rechte aber auch nur die Rechte, welche ihr zur angemessenen Erreichung ihres Zweckes notwendig sind [1])." Und „der Zweck der Staatsgewalt ist es zu bewirken, dass der Staat seinen Zweck erreiche [2])." Der Umfang der Staatsgewalt, ihr Recht wird m. a. W. durch den Zweck des Staates bedingt. In welcher Hinsicht kommt also die Gewalt des Staates in eine neue Beleuchtung durch die Aussage, dass diese Gewalt Gott zum unmittelbaren Urheber hat? Daraus

---

1) l. c. S. 542.
2) l. c. S. 523.

spricht nur eine religiöse Gesinnung; zur Erklärung der Gewalt ist sie völlig bedeutungslos. Und diese Bedeutungslosigkeit ist desto auffallender, wenn wir erfahren, dass auch der Zweck des Staates nur eine religiöse Färbung erhält, am allerwenigsten durch Zurückführung auf Gott seinen Inhalt empfängt.

Von dieser römisch-katholischen Staatslehre CATHREINS bleibt also nur übrig der Gegensatz zwisschen dem Staat einerseits und der Gewalt anderseits, welche mit einander in einem solchen Zusammenhange stehen, dass die Gewalt, durch den Zweck des Staates bedingt, berufen ist diesen Zweck zu realisieren. Hier wird also aus dem Zwecke des Staates seine Gewalt abgeleitet und in dieser Hinsicht entgeht er dem fatalen Ergebnis der meisten deutschen Publizisten, die, wie sich später (§ 12) zeigen wird, eine Staatsgewalt ausser allem Zusammenhang mit irgend welchem Zwecke voraussetzend, dadurch für diese Gewalt, die andernfalls eine reine Abstraktion ohne Realität sein würde, einen „Träger" oder ein „Substrat" derselben zu suchen sich genötigt sehen und infolgedessen zur Annahme einer persönlichen Gewalt gedrängt werden [1]). Aber weiter als zur

[1]) Schliesslich findet man auch bei dem Verfasser einen „Träger" der Staatsgewalt, mithin wird diese Gewalt zu einer persönlichen Gewalt, sodass der Gedanke, dass dieser Träger nur Organ sei — zu welchem Gedanken seine Lehre vom notwendigen Zusammenhange der Staatsgewalt mit dem Staatszwecke ihn hätte führen sollen — ihm nicht vollständig zum Bewusstsein kommt. Der „Träger" der Staatsgewalt hat in dieser Eigenschaft also ein Recht zu befehlen; aber derjenige, der als Träger erscheint, besitzt die öffentliche Gewalt „*kraft menschlichen Rechts*". „Denn nicht Gott selbst bezeichnet unmittelbar den Träger der öffentlichen Gewalt, sondern die Menschen." (S. 494 ff. und 662 ff.). Auch die königliche Gewalt, fügt er hinzu, kann man „einfachhin menschliches Recht

These eines notwendigen Zusammenhanges zwischen Staatszweck und Staatsgewalt gelangt er nicht. Er begnügt sich dies zu betonen; eine Erklärung der Tatsache, dass die Realisierung des Staatszweckes eine Machtentfaltung zur Folge hat oder mindestens haben kann — eine Erklärung, welche die Lehre der Rechtssouveränität verschafft durch Hinweis auf die Rechtsbildung an welcher der Staat sich beteiligt — damit hat der Verfasser sich nicht beschäftigt. Eine Beschreibung der tatsächlich ausgeübten Rechte und Befugnisse tritt an ihre Stelle.

Nur von der „anti-revolutionären" Staatslehre kann man also sagen, dass die Ableitung der Obrigkeitsgewalt von Gott dieser Gewalt eine besondere Grundlage verschafft; in der römisch-katholischen Staatslehre dagegen kann man sich alles zurecht legen „etiamsi daremus Deum non esse". Hier bedeutet die Berufung auf Gottes Willen nur eine religiöse Gesinnung ohne konstruktiven Wert.

10. Jherings Staatslehre. Von einem ganz anderen Gedankengang geht JHERING in seinem philosophischen Werke „Der Zweck im Recht" (1877) aus, der sich unbedingt auf den Standpunkt der Staatssouveränität stellt und infolgedessen[1]) zu dem Schluss gelangt, dass der

---

nennen, wenn man auf den *Träger* derselben sieht". Mit dieser Aussage — welche, wie es sich bei dem Verfasser auch später zeigt, von Wichtigkeit ist für das Verhältnis der Kirche zum Staate — steht die römisch-katholische Lehre in scharfem Widerspruch mit der „anti-revolutionären" Lehre, welche die königliche Gewalt als von Gott übertragen auffasst und worin gerade das eigentümliche, dogmatische dieser Lehre sich ausspricht.

[1]) l. c. S. 319.

Staat die alleinige Quelle des Rechts ist. Dazu wird JHERING geführt nicht durch historische Beobachtung, sondern durch Folgerungen aus dem Grundgedanken, dass das Recht bloss die Norm ist, welche der faktisch Mächtigere sich durch Selbstbeschränkung und Selbstbeherrschung bei der Ausübung seiner Macht selber setzt, um seines eigenen Vorteils willen. „Das Recht ist nur die ihres eigenen Vorteils und damit der Notwendigkeit des Maasses sich bewusst gewordene Gewalt [1]." Es ist eine Erscheinungsform, nämlich die disziplinierte Gewalt, gegenüber der zügellosen, leidenschaftlich nach den Eingebungen des Augenblicks handelnden Gewalt. Das Recht tritt folglich nicht an die Stelle der Gewalt, sondern immer und überall herrscht die Gewalt; das Recht dient ihr wie dem Schiffer der Kompass. Und wie in der Lehre BENTHAMS ist es die Erfahrung, welche die Gewalt lehrt den rechten Weg einzuschlagen, um von seiner Macht den grössten Nutzen zu ziehen. „Recht ist demnach nichts anders als der Niederschlag der Erfahrung in Bezug auf die richtige Verwendung der Gewalt." Recht ist, mit einem Wort „die Politik der Gewalt", folglich nach JHERING nichts weiter als organisierte Gewalt [2].

JHERINGS Ausgangspunkt ist also die tatsächliche Gewalt, wie solche in allen Teilen der Gesellschaft tätig ist. Zum Schutze nun der Interessen, deren Versorgung in einem bestimmten Moment als Lebensbedingung emp funden wird, muss auf der Seite jener Interessen ein Übergewicht an Gewalt erzielt werden, um die Summe

---

1) l. c. S. 251, 253.
2) l. c. S. 254, 255.

der tatsächlichen Gewalt der Individuen durch welche sie bedroht werden, zu überwinden. Die Gefahr, dass die faktische Gewalt eines einzelnen, dessen individuelles Interesse sich gegen die gesellschaftlichen Interessen behaupten und durchsetzen könne, wird geringer, je nachdem die Zahl der bei den gesellschaftlichen Interessen Beteiligten zunimmt[1]). Bei dem gesellschaftlichen Interesse ist immer die überlegene Gewalt, weil die Zahl der Beteiligten unendlich grösser ist als bei dem individuellen Interesse des einzelnen. „Die Gesellschaft ist mächtiger als der einzelne." Aber aus den einzelnen kann eine Majorität werden. Hängt es also von der Anzahl ab? Nein: im Staate haben wir organisierte Gewalt, während die des Volkes blosse *Substanz* ist. Aber die Staatsgewalt ist nur ein Teil der gesamten Volkskräfte (physische, geistige, ökonomische). „In quantitativer Beziehung ist also der natürliche Träger der Macht, das Volk, dem künstlichen Träger derselben: dem Staat, überlegen[2])."

Auch bei Jhering ist demnach die Souveränität des Staates aus dem Volke abgeleitet, aber hier in dem Sinne, dass die physischen, geistigen und ökonomischen Kräfte des Volks die Grundsubstanz bilden, welche sich, organisiert, als Staat präsentiert. Die Volkskraft wird durch Organisation zur Staatsgewalt. Auf die Organisation kommt es also an; denn durch diese vollzieht sich eine Umwandlung der Volkskraft in Staatsgewalt. Solch eine Organisation hat jeder Verein, jede Genossenschaft *und* der Staat. Mithin ist es denkbar, dass aus

---

1) l. c. S. 294.
2) l. c. S. 314, 315.

solchen Vereinen die Volksgewalt sich organisiert, um das was Lebensbedingung ist für die gesellschaftlichen Verhältnisse zu handhaben und zu schützen. Nein, sagt JHERING — und das ist der Sprung den er macht — das Recht der Zwangsgewalt gehört ausschliesslich dem Staate, „das Zwangsrecht bildet das absolute *Monopol* des Staates[1]; die ausschliessliche Handhabung der Zwangsgewalt davon darf der Staat, wenn er sich nicht selber aufgeben will, dem Verein keinen Teil zugestehen." „Der Staat hat es mithin in seiner Hand, die Bedingungen, unter denen er dieselbe gewähren will, gesetzlich festzustellen; das heisst aber mit andern Worten nichts als: der Staat ist die einzige Quelle des Rechts."

Wie kommt aber der Staat zu jenem Monopol? Auch hier wird auf das durch den Staatszweck bedingte Postulat hingewiesen: „der Besitz der höchsten, jeder andern Macht auf dem Staatsgebiet überlegenen Gewalt". „Da ist der Staat erst, wenn er die Machtfrage gelöst hat[2]." Es ist wieder der ursprüngliche Gedanke von der Staatsgewalt, der JHERING zu dem Zwangsmonopol des Staates führt. Zwar heisst es an einer andern Stelle: der Zweck des Staates sei die Gestaltung und Sicherung des Rechts[3]; dann aber haben wir auf einer Seite das Recht und drüben den Staat, d. h. das Recht ist die Hauptsache und die Gewalt akzessorisch, was man vielleicht annehmen könnte, aber es bleibt unerklärt, weshalb nun gerade die organisierte Gewalt (d. h.

---

[1] l. c. S. 316.
[2] l. c. S. 310.
[3] l. c S. 307.

der Staat) ausschliesslich diese Funktion dem Recht gegenüber hat und die unorganisierte oder in freien Vereinen organisierte Gewalt nicht, während doch JHERINGS ganzer Gedankengang auf dieser These fusst.

In der Lehre von der Rechtssouveränität gibt es dafür eine Erklärung und zwar diese: das Recht fordert Verwirklichung, es ist das für das gesellschaftliche Leben eines gegebenen Zeitpunkts erforderliche „ethische Minimum", das also notwendig herrschen und gelten muss. Das Recht selbst ordnet eine Organisation zur Handhabung der sich aus diesem jeweiligen Minimum ergebenden Normen: ein Gedanke, den auch JHERING einmal ausspricht, wenn er sagt, dass der Rechtszweck den Staat selber ins Leben gerufen hat[1]). Ist es so, dann folgt zweierlei, nämlich 1. dass dem Recht eine vom Staat unabhängige selbstständige Gültigkeit innewohnt, weil der Staat aus dem Recht seine Existenz ableitet, und 2. dass die Gewalt, welche der Staat gelten lässt im Grunde Rechts- und nicht eigne Gewalt ist. Der Staat ist dann zwar eine Gewaltorganisation, aber er ist eine aus dem Rechte, behufs dessen Zwecke hervorgegangene Organisation. Dann kann das Recht auch, nur als Regel allerdings, bestimmen, dass fernerhin Zwangsmassregeln nur dem Staate gestattet sein sollen. Dann kann man auch dem zustimmen, was JHERING[2]) vom Staate sagt: „*sein* ist das Recht der Strafe bei den Verbrechen, *sein* ist das Recht der Exekution der Civilansprüche", denn dann hat der Staat das alles vom Recht erhalten und ist sein Monopol ein Rechtsmonopol.

---

1) l. c. S. 307.
2) l. c. S. 316, 317.

Aber zu diesem Schluss kommt JHERING nicht. Für ihn ist der Staat von Haus aus eine Gewaltorganisation; sein Staat bestimmt die Bedingungen, unter denen er die Gewalt gewähren will, und hat damit das Recht in seiner Hand. JHERING geht vom Staat aus und kommt zum Recht, statt den umgekehrten Weg einzuschlagen. Das Hauptthema in seinem Werk ist: „das Recht ist die Politik der Gewalt" [1]). Es handelt über die Entstehung des Rechts auf dem Wege der Selbstbeschränkung der Gewalt. Weshalb aber bleibt er nicht bei dem anderen Thema, das auf S. 255—288 durch ihn erläutert wird? Die durch den Begriff des Rechts postulierte Vereinigung von Recht und Gewalt „kann von einem doppelten begrifflichen Ausgangspunkt aus erfolgen, von dem der Gewalt und von dem des Rechts. Dort gelangt die Gewalt zum Recht, hier das Recht zur Gewalt." Aber über das nach Gewalt strebende Recht kommt JHERING nicht ins reine; er *kann* es auch nicht klar legen, weil das Recht, wenn es nach der zu seiner Handhabung erforderlichen Gewalt strebt, eine selbständige Bedeutung haben muss, während der Schluss eben der ist, dass das Recht eine geordnete Gewaltsäusserung des Staates sei und es mithin ohne den Staat überhaupt kein Recht geben könne.

Mit letzterer Ansicht kommt JHERING übrigens wiederholt in Widerspruch, z. B. wo er nach den Garantien fragt, dass der Staat seine Gewalt nur den von ihm gesetzten Normen gemäss anwenden wird [2]). In letzter Instanz nennt er dort „die Furcht vor der Reaktion des nationalen Rechtsgefühls als die letzte Garantie der

---

1) l. c. S. 322.
2) l. c. S. 372.

Sicherheit des Rechts". Was heisst dies anders, als: das Recht gilt, weil es Recht ist und insofern es Recht ist? Bildet das nationale Rechtsgefühl die Basis der ganzen Ordnung, dann liegt auch in diesem Gefühl die Quelle aller Gewalt und ist auch nur die Handhabung der durch das nationale Bewusstsein als richtig erkannten Normen ein Rechtspostulat, dem durch die Organisation des Staates entsprochen wird[1]). Noch ein anderes Beispiel zeigt, wie bei JHERING die selbständige Bedeutung des Rechts zu Tage tritt. Wo er den Unterschied zwischen Rechtspflege einerseits und Verwaltung und Regierung anderseits und die vollkommene Scheidung beider in der Organisation hervorhebt, stellt er die Frage: Was ist nun der Grund dieser Scheidung?[2]) Keineswegs das Gesetz der Arbeitsteilung. „Ausscheidung der Rechtspflege zu einem besonderen Zweige der staatlichen Thätigkeit heisst das Zurückziehen des *Rechts auf sich selbst und seine Aufgabe*, zum Zweck der vollendeteren und gesicherteren Lösung derselben." Durch Ausscheidung erkennt der Staat die Aufgabe des Rechts als eine besondere an, bei welcher andere Rücksichten gelten als für alle diejenigen, welche die Staatsgewalt *sich selber reserviert*. Noch stärker lässt er die Selbständigkeit des Rechts durchblicken an der Stelle, wo er die gewöhnliche Rechtspflege der militärischen gegenüberstellt. „In Militärangelegenheiten sucht die Staatsgewalt nicht Recht von einem ihr *übergeordneten Richter* sondern sie spricht es selber; das Kriegsgericht das sie bestellt, ist sie selber." Hier wird deutlich ausgespro-

---

[1]) LIGHTWOOD: The nature of positive Law, 1883, S. 348, 349.
[2]) l. c. S. 380—382.

chen, dass im gewöhnlichen Gerichtsverfahren der Richter, indem er sein Urteil fällt, Gewalt übt über den Staat.

Trotz aller solcher in das System der Rechtssouveränität passenden Aussprüche, bleibt JHERINGS Hauptgedanke aber, dass das Recht normalisierte Staatsgewalt und die Staatsgewalt monopolisierte Volksgewalt sei. Aber dieses Monopol zu *begründen* hat er nicht vermocht.

11. Van Idsingas Staatsbegriff. In einem zum Teil LORENZ VON STEIN und GNEIST entlehnten, jedoch in mancher Hinsicht auch ursprünglichen Gedankengang hat in den Niederlanden VAN IDSINGA[1]) die Bedeutung von Recht und Staat in ihrem Verhältnis zu einander dargelegt. In erster Linie untersucht er die Funktion des Rechts und setzt zu deren Bestimmung die Gemeinschaft und die individuelle Persönlichkeit einander gegenüber.

Sowohl die Gemeinschaft als die individuelle Persönlichkeit hat ihre Forderungen, welche derart in Einklang gebracht werden müssen, dass die Selbständigkeit von beiden anerkannt und gehandhabt wird. Diese Versöhnung vermittelt das Recht; das Recht ist folglich die Form, in welcher die Erfüllung der Forderungen der individuellen Persönlichkeit mit der Erfüllung der Forderungen der Gemeinschaft in Einklang gebracht wird; und die sittliche Gewalt, welche berufen ist diese Form beiden, der Gemeinschaft und der Persönlichkeit, gegenüber zu wahren, ist der Staat[2]). Der Staat ist die in

---

[1]) De administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie, 1896, II.

[2]) l. c. S. 348.

der Geschichte der Zivilisation auftretende sittliche Gewalt, welche der Person einerseits die Möglichkeit zu selbständiger Entwicklung gewährend, sie anderseits an die Gemeinschaft gefesselt hat, indem die Selbständigkeit der Person nur insoweit verbürgt wird, als die Erfüllung ihrer Forderungen sich mit jenen der Gemeinschaft verträgt, damit, bei unvermeidlichen Differenzen zwischen beiden, unheilbaren Rissen vorgebeugt werde. Und in keiner andern Form hat diese sittliche Gewalt ihr innerstes Wesen und ihre wahre Funktion reiner offenbart oder ihre Aufgabe als Rechtsstaat besser erfüllt, als in der Form der in England entstandenen konstitutionellen Monarchie [1]).

Der Staat ist folglich [2]) eine historische Gewalterscheinung, erhaben über Gemeinschaft und Gesellschaft. VAN IDSINGA wendet den Namen „Staat" an auf diese Gewalt, „in welcher *nach aller Zustimmung* das wahre Wesen des Staates gelegen ist" [3]); sein Ausgangspunkt ist die von allen zugegebene Tatsache, dass von dem souveränen — oder, wenn man will, dem herrschenden — Staate die Verwirklichung des Rechts erwartet wird. Das Recht ist dabei nur Mittel; es ist die Form um die Forderungen der Person und der Gemeinschaft zu vereinigen und zwar derart, dass der einzelne sich zu einer höheren Stufe der Sittlichkeit emporschwingen kann, indem ihm die dazu unentbehrliche Bedingung: die Freiheit, gewährt wird [4]).

---

1) l. c. S. 361.
2) l. c. S. 315.
3) l. c. S. 317.
4) l. c. S. 325.

Im Zeitalter der Sittenherrschaft[1]) wurde das Bedürfnis eines Staates wenig oder gar nicht empfunden. Erst mit der frühsten Rechtsbildung kommt der Staatsgedanke zum Vorschein, anfangs zum Schutz, später zur Abänderung und Erweiterung des Rechts, zu Zwecken, die nur dadurch zu erreichen waren, dass die Staatsgewalt über das Recht gestellt wurde. Das ist gelungen wo ein souveräner Staat entstanden ist, und das Problem: wie der Staatsgewalt Selbständigkeit zu verschaffen sei, wurde gelöst durch das erbliche Königtum.

In dem Gedankengang VAN IDSINGAS hat das Recht eine selbständige Bedeutung; es hat den Zweck, die Forderungen der Gemeinschaft und die der einzelnen in Einklang zu bringen. Aber die Gültigkeit des Rechts beruht auf dem Staat, der als Gewalterscheinung poniert wird, als eine historische Gewalterscheinung.

Den Beweis dafür zu erbringen unterlässt der Verfasser; er hält es sogar für überflüssig, weil es „nach der Aussage aller" bewiesen sei. Aber das Argument der „notorité publique" ist kein ernstliches Argument, und es ist eben die Hauptfrage, jene Gewalt zu erklären. Offenbar versteht er unter Gewalt etwas anderes als JHERING, der das Wort in dem Sinne faktischer mechanischer Gewalt gebraucht; VAN IDSINGA meint aber ethische Gewalt. Ethisch scheint nun aber die Gewalt nur im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Verwirklichung des Rechts genannt werden zu dürfen. Aber auch in dem Falle erhebt sich die Frage, ob jene ethische Gewalt nicht schon im Rechte selber enthalten sei. Mit der Rechtsproduktion, auf dem Wege der Gesetz-

---

1) l. c. S. 366.

gebung, der Gewohnheit, des Vertrags, des Urteils — tritt die ethische Gewalt in die Welt: das Recht selber ist die ethische Gewalt und braucht damit nicht erst von aussen her ausgerüstet zu werden. Mit der Produktion wird dem Recht nicht Gültigkeit verschafft, sondern sein Inhalt bestimmt; Gültigkeit hat es aus eigner Kraft, wie jede sonstige ethische Norm. Das ist die Lehre von der Rechtssouveränität. Quelle der Gewalt, auch physischer Gewalt, zwischen Menschen ist einzig und allein das Recht, nicht in dem Sinne, dass das Recht in der Gesellschaft die *einzige* Gewaltsquelle wäre, aber wohl in diesem, dass das Recht die einzige Grundlage ist, auf welcher Gewaltsverhältnisse zwischen Menschen zu rechtfertigen sind.

12. Das deutsche Staatsrecht. Eine dem Staate eigene Gewalt ist in der englischen Rechtsschule eine persönliche Gewalt auf Grundlage der Volkssouveränität; in der „theologischen" Staatslehre eine von Gott herrühende Macht; in JHERINGS Staatslehre die tatsächliche Macht der Volksgenossen, aber organisiert und monopolisiert. Nur VAN IDSINGA stellt sich zufrieden mit der These, dass die Gewalt des Staates oder der Staat als Gewalt ein Axiom ist, welches zum Ausgangspunkt genommen werden darf. Diese These nun bildet eigentlich überall die Grundlage des Staatsrechts [1], speziell des deutschen

---

[1] Auch in andern Rechtsdisziplinen wird für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum eine dem Staate eigene Macht als Ausgangspunkt genommen, z. B. in der Steuerlehre und im Strafrecht. SCHÄFFLE (Die Steuern, Allgemeiner Teil, 1895, S. 95) sagt: „Das Besteuerungsrecht ist begründet durch die Hoheit des Gemeinwesens über seine Mitglieder." Andere ähnliche Begriffsbestimmungen: l. c. S. 21

Staatsrechts[1]. Wohin man auch greift, immer wird poniert: Staat = Gewalt, ohne dass der Grund, das Wesen, die Erscheinungsform jener Gewalt einer formellen Prüfung unterzogen wird, während doch solche Prüfung um so notwendiger ist, weil sich in dem Recht eine zweite Gewalt kennbar gemacht hat und dadurch ein Dualismus entstanden ist, der, wie wir sahen, für Theorie und Praxis unlösbare Schwierigkeiten nach sich zieht.

Es wäre nicht tunlich aus der Literatur sämtliche Belege für das Vorhandensein des verhängnisvollen Dogmas einer dem Staat eigenen Gewalt vollständig anzuführen; genügen wird wohl die Reihe von Beispielen, welche ich aus ältern und jüngern Schrift-

---

Note. WAGNER (Finanzwissenschaft, 3e Aufl., 1877, I, S. 4) redet von einem „Zwangserwerbe" welcher „in gleicher Weise wie der Zwang, durch welchen der Staat persönliche Dienste sich zur Verfügung stellt, aus dem *Wesen* des Staates als Zwangsgemeinwirthschaft abzuleiten ist". — Im Strafrechte wird vielfach die Macht des Staates zu strafen vorausgesetzt; so bei VON LISZT, Lehrbuch, 6e Aufl., 1894, S. 1, Note. „Zu beachten ist", sagt er, „dass von einem staatlichen Straf*recht* im subjektiven Sinne nur unter der Voraussetzung gesprochen werden kann, dass die *an sich schrankenlose*, der juristischen Fassung spottende Straf*gewalt* des Staates in kluger Selbstbeschränkung *Voraussetzung und Inhalt* ihrer Bethätigung (Verbrechen und Strafe) bestimmt hat". In der Niederländischen Literatur scheint VAN HAMEL (Inleiding, 1895, S. 9) eine unabhängig vom positiven Rechte bestehende Strafgewalt nicht anzuerkennen; dagegen steht SIMONS (Leerboek, 1904, S. 1) ganz bestimmt auf dem Standpunkte der Lehre der Staatssouveränität: der Staat beschränkt durch das Recht seine *tatsächliche Macht* zu strafen.

[1]) Auch in der Niederländischen staatsrechtlichen Literatur. Ausser VAN IDSINGAS Staatsrecht erwähne ich DE HARTOGS Staatsrecht des Königreichs der Niederlande (MARQUARDSENS Handbuch IV), und VAN DER VLUGT: De Rechtstaat, 1879, S. 338; dieser aber gibt eine Begründung der Staatsgewalt durch Hinweisung auf dem Zwecke des Staates, womit er sich der Lehre der Rechtssouveränität nähert.

stellern hier noch folgen lassen werde, um der Überzeugung Eingang zu verschaffen, dass die Gewalt, in welcher man das Wesen des Staates sucht, durchaus unerklärt gelassen wird.

MAURENBRECHER[1], aus der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts, setzt den „Begriff" des Staates voraus[2] in welchem die Staatsgewalt enthalten ist, welche die erste Bedingung seines Daseins ist und sein eigentliches Wesen konstituiert. Diese Gewalt wird — wiederum als Folgerung aus dem Begriff — als höchste Gewalt gedacht, über welche keine Gewalt auf Erden geht und welche das allein Bestimmende ist und die durch nichts ausser ihr bestimmt wird. Dann folgt eine Aufzählung der wesentlichen Eigenschaften der Staatsgewalt, die wie die Lehren eines Katechismus klingen. Von ihr wird nämlich nichts weniger ausgesagt, als dass sie sei: unabhängig, unwiderstehlich, unverantwortlich, inappellabel, unfehlbar, heilig, ewig, unteilbar, so dass solche Gewalt wohl eher im Himmel als auf Erden zu suchen wäre. Dass diese mit so überschwänglichen Worten geschilderte Gewalt einem Zwecke dienstbar gemacht wird, den der Verfasser formuliert, kann ich auf sich beruhen lassen, weil die Gewalt nicht aus diesem Zweck abgeleitet wird. Der Zweck steht daneben; der Staat mit seiner Gewalt ist Mittel[3].

Diese Gedankenfolge, welche Gewalt und Zweck des Staates als verschiedene Grössen betrachtet, führt notwendig mit sich, dass die Staatsgewalt personifiziert

---

[1] Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, 1837.

[2] l. c. S. 20, 35.

[3] l. c. S. 21, 26 ff.

werden muss. Dieses geschieht auch, und das Subjekt ist der Souverän. In der Monarchie hat man einen Staat „in welchem jemand die höchste Gewalt als die seinige, als sein eignes, wohl erworbnes (göttliches) Recht ausübt" [1]). In der Republik ist es eine „moralische Person", welche die höchste Gewalt ausübt, allerdings nicht als eignes Recht, sondern im Namen des Volks „wo also das Volk, d. h. die Gesammtheit der Staatsgenossen, das eigentliche Subject der höchsten Gewalt ist". Auch hier hat mithin die Gewalt wieder einen durchaus persönlichen Charakter: die Staatsgewalt ist Gewalt des Königs oder der Volksvertretung, des Parlaments.

Aber *woher* haben nun diese Subjekte die höchste Gewalt bekommen?

Um die Beantwortung dieser Frage kümmert der Verfasser sich direkt nicht; er prüft nur im allgemeinen den Rechtsgrund der Staatsgewalt und findet ihn in der geschichtlich gewordenen Tatsache der Staatsgewalt und in der logischen Notwendigkeit der Staatsgewalt. „Aber erst durch die hinzutretende religiöse Auffassung erhält der Gehorsam des Bürgers seine Weihe und die Macht des Regenten seine Heiligung [2])." Alle diese Argumente bezwecken nur wiederum eine Rechtfertigung der persönlichen Gewalt, die übrigens MAURENBRECHER ganz besonders betont, weil für ihn die Souveränität geradezu ein Privatrecht des Inhabers ist [3]).

Letzterer Behauptung begegnet man in der späteren Literatur nicht wieder, aber man darf wohl sagen, dass

---

1) l. c. S. 56.
2) l. c. S. 47.
3) l. c. S. 246.

sonst die Anschauung hinsichtlich der Staatsgewalt die gleiche bleibt. Der Staat bleibt charakterisiert durch Gewalt; der Zweck des Staates ist ein gewisser dem Staate gesetzter Zweck; aber nicht der Zweck sondern die Gewalt des Staates bestimmt sein Wesen, sodass der Staat als eine Gewalterscheinung ohne Rücksicht auf irgend welchen Zweck definiert wird. Damit verknüpft sich — allerdings, wie wir sehen werden, auf einem Umwege — immer die Vorstellung eines persönlichen Trägers der Staatsgewalt, eine Vorstellung, welche unerlässlich ist, solang man den Staatsbegriff ohne Rücksicht auf den Staatszweck bestimmt und jenen Begriff in einer Konstruktion einer dem Staat eignen Gewalt sucht. Dann braucht die ohne natürlichen Zusammenhang mit irgend einem Zweck schwebende Gewalt einen andern Stützpunkt, und man befindet sich wohl in der Zwangslage, zu einem persönlichen Subjekt der Gewalt seine Zuflucht zu nehmen.

Für die Gewalt des Staates ist bei von Aretin[1]) die Volkssouveränität in diesem Sinne der Ausgangspunkt, dass bei dem Volke die *ursprüngliche* Machtvollkommenheit beruht, welcher die höchste Gewalt entstammt[2]). Weiter als durch diesen Hinweis auf die „ursprüngliche Machtvollkommenheit" werden wir über die Staatsgewalt nicht aufgeklärt. Die Machtvollkommenheit wird aber in die Hand des Fürsten niedergelegt, wodurch er der Repräsentant, der sinnliche Vertreter der Souveränität wird. Damit ist die persönliche Gewalt aber-

---

1) Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, 1838—1840; fortgesetzt von v. Rotteck.

2) l. c. I S. 147.

mals auf die Bühne gebracht. Der König vereinigt nun zwar in seiner Person die gesamte Staatsgewalt, aber „nach den im Verfassungsgesetz enthaltenen Beschränkungen" [1]. Der Dualismus der Gewalt tritt hier schon deutlich zu Tage: über der Staatsgewalt steht die Autorität der Verfassung. An andern Stellen redet ARETIN denn auch bereits von einer „Herrschaft des Gesetzes" [2]. Und VON ROTTECK [3], der ARETINS Werk fortgesetzt hat, verleiht zum erstenmal dem Gedanken Ausdruck, dass, trotz der deutschen Doktrin von der Konzentration sämtlicher Gewalt in der Person des Fürsten, tatsächlich die gesetzgebende Gewalt nicht dem Fürsten allein, sondern dem Fürsten und der Volksvertretung gemeinsam gehört, und eine Gewalt *über* der königlichen Gewalt sich gelten lässt.

Weder bei ARETIN noch bei VON ROTTECK wird der Staatszweck zur Erläuterung des Staatsbegriffs herangezogen. Hauptsache ist auch ihnen die dem Staate eigene Gewalt, ihr Ursprung, ihr Subjekt, als welches der König, entweder allein oder mit der Vertretung zusammen, als „Persönlichkeiten" aufgefasst, demonstriert werden, wodurch die Gewalt persönliche Gewalt wird. Über diese Gewalt und ihre Teilung verbreiten sie sich gründlich — aber eine Erklärung der Gewalt und ihrer Erscheinungsform sucht man auch bei ihnen vergeblich.

Aus der älteren Literatur kommen hier noch in Betracht ZÖPFL [4] und H. A. ZACHARIAE [5]. Ersterer betont, in

---

1) l. c. I S. 173.
2) l. c. I S. 161; II S. 215 ff.
3) l. c. II S. 193.
4) Grundzüge des gemeinen Deutschen Staatsrechts, 1863.
5) Deutsches Staats- und Bundesrecht, 1865.

dieser Beziehung ein Vorgänger VON GERBERS, den herrschenden Charakter des Staates[1]. „Der Staat erscheint seinem Wesen nach als Herrschender über dem Individuum.'' Dieser Charakter wird begründet durch die Erwägung, dass die Interessen des Ganzen den Vorrang über die Privat-Interessen der einzelnen haben müssen. Ja für die ganze Vorstellung der Herrschaft bildet das Verhältnis zwischen „Individuum und Gattung'' die Grundlage. Aus dieser Über- und Unterordnung entspringt der Wille, welcher aber mit äusserer Macht ausgerüstet ist[2]. Um diese Vorstellung deutlicher zu machen, wird zwischen Macht und Herrschaft unterschieden. Macht ist eine Kraft, die einer andern Kraft überlegen ist; der Staat ist eine solche Macht, weil er als Gemeinwesen Kräfte besitzt durch welche er den einzelnen überlegen ist. Herrschaft hingegen ist das Vermögen über die Staatsmacht zu verfügen. Auch hier wird uns also die Macht wieder als eine Sache vorgestellt, mit welcher man nach Belieben verfahren kann, und wiederum wird die Macht poniert ohne Berücksichtigung des Zweckes, denn es ist die Überlegenheit an Kraft, wodurch die Macht sich erkennen lässt. Die Verfügung über diese Macht als Sache kann nur bei einem willensfähigen Subjekte sein, und damit ist die persönliche Gewalt (des Königs mit oder ohne Parlament) wieder da. Wie der Staat zu der Überlegenheit an Kraft gelangt, bleibt unerklärt.

Bei H. A. ZACHARIAE tritt gleichfalls die persönliche Gewalt in den Vordergrund. Zwar wird als die Staats-

---

[1]) l. c. S. 9, 10.
[2]) l. c. I S. 83.

gewalt „in idealer Auffassung" der Staatswille angenommen, „aber in Wirklichkeit ist es der Wille des zur Repräsentation des Staats nach innen und aussen berufenen Subjects, des Herrschers oder Souveräns, es mag dies nun eine physische oder moralische Person sein". So wird die Staatsgewalt personifiziert und zu einem persönlichen Rechte [1]). Demgemäss wird für das Wesen des Königtums gehalten „dass die Staatsgewalt in der Person des Monarchen als concentrirt erscheint und ihre Eigenschaften dadurch zu *Eigenschaften der Person* werden, welche als ihr Träger und Repräsentant dasteht [2])". Trotzdem liegt in der Verfassung und in den Gesetzen eine Beschränkung dieses persönlichen Rechts. Der Landesherr hat die *rechtliche* Verpflichtung, bei seinen Regentenhandlungen sich nach den Gesetzen zu richten, speziell ist er an die Bestimmungen der Verfassungsgesetze gebunden [3]). Diese Verpflichtung aber deduziert ZACHARIAE nicht etwa aus der Unterworfenheit des Königs unter das in Konstitution und Gesetz niedergelegte Recht, wie die Lehre von der Rechtssouveränität das tut, sondern sie ist eine Verpflichtung „welche die Begründer derselben durch das feierliche, zuweilen selbst eidliche, Versprechen, die Verfassung unverbrüchlich beobachten zu wollen, anerkannt haben, und ihre Nachfolger anerkennen müssen"!

Das Versprechen oder der Eid — nicht das Recht, das einmal, durch wen auch arrestiert, jeden bindet, auch denjenigen, welcher es feststellte — begründet diese

---

1) l. c. I S. 49.
2) l. c. I S. 80.
3) l. c. II S. 182.

Verpflichtung; aber dann kann sie auch schwerlich eine „rechtliche" Verpflichtung genannt werden, denn die Gebundenheit des Trägers der Staatsgewalt wird hier auf einem ausserhalb des Rechts gelegenen Momente aufgebaut, und damit der Dualismus von Staats- und Rechtsgewalt verschleiert.

Bei VON GERBER, dessen „Grundzüge" für die juristitische Behandlung des Staatsrechts bahnbrechend waren, kommen wir in Berührung mit noch heutzutage gangbaren Anschauungen. In erster Linie mit der Auffassung des Staates als einer Person. Als Person hat der Staat einen Willen, und dieser Wille ist die Staatsgewalt [1]). Die Staatsgewalt äussert sich im Herrschen, d. h. dem Recht „zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben, einen das ganze Volk verbindenden Willen zu äussern" [2]). Dass der Staatswille verbindet, ist dem Staate „eigenthümlich". „Die Staatsgewalt ist eine Naturkraft, welche im Staate ursprünglich enthalten ist." Eine weitere Begründung der verbindenden Kraft des Staatswillens finden wir auch bei VON GERBER nicht. Auch für ihn ist die Staatssouveränität Axiom; des Widerspruchs in den er durch die Annahme *rechtlicher* Beziehungen zwischen Staat und Bürger gerät, eine Annahme womit das Recht als eine Gewalt über Staat und Bürger, folglich die selbständige Gültigkeit des Rechts implicite anerkannt wird, dieses Widerspruchs wird er sich nicht bewusst.

Die persönliche Gewalt erscheint auch bei VON GERBER. König und Vertretung sind die zwei Organe des Staates,

---

1) l. c. S. 3, 20 ff.
2) l. c. S. 226.

aber „in dem Monarchen wird die abstrakte Persönlichkeit der Staatsgewalt verkörpert“[1]. „Sowie das Herrschaftsrecht des Staates sich in seiner Hand zum *persönlichen* Herrschaftsrechte gestaltet, so wird die Pflicht der Staatsbürger gegen den Staat zur *persönlichen* Treuverpflichtung gegen den Monarchen.“ Deutlich zeigt sich hier das Persönliche der Gewalt, aber zugleicher Zeit die absolute Verleugnung des Organ-Charakters im Monarchen. Wie dagegen die Volksvertretung im Gedankengang VON GERBERS Staatsorgan genannt werden kann, ist schwer verständlich, weil ihre Aufgabe nicht ist: zu herrschen[2], das Herrschen aber gerade des Staates Wesen bildet, folglich die Vertretung, wenn sie sich daran nicht beteiligt, auch nicht als Organ des Staates betrachtet werden kann.

Hinsichtlich der Frage die uns beschäftigt, kommt also auch VON GERBER über den Kreis der Gedanken, denen wir bei seinen Vorgängern begegneten, nicht hinaus.

Von v. SARWEY[3] vernehmen wir, dass der Staatswille stets der Wille des einzelnen ist. Diese einzelnen sind zwar Organe des Staates, aber die Eigenschaft des Organseins verschafft ihnen die Staatsgewalt. „Nur in den Einzelnen verwirklicht sich der Staatswille; diese also sind die Staatsgewalt, sofern sie mit der Macht der Volkseinheit (des Staats) ausgerüstet sind[4].“ Also ist auch

---

[1] l. c. S. 77—79.

[2] l. c. S. 126.

[3] Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884 (MARQUARDSENS Handbuch des öffentlichen Rechts I) S. 15.

[4] VON SARWEY: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 24.

bei ihm die Gewalt an Personen gebunden und hat sie demnach auch hier einen persönlichen Charakter. Mit dem Besitz der Staatsmacht nehmen sie für ihre Handlungen eine höhere über dem Willen der andern stehende und im Grundsatz eine diese beherrschende Geltung in Anspruch. Es sagt ja von Sarwey: „Diese höhere Geltung ist die wesentliche Eigenschaft des Staatswillens, welche daher allgemein als Staatsgewalt bezeichnet wird. Ohne diese ist der Staat nicht denkbar." Weiterhin wird dann das Übergewicht des Staatswillens mit der Aussage begründet, dass im Staate die Kraft des Volksganzen zusammengefasst ist[1]. Das Recht zu herrschen hat seinen ersten und letzten Grund in der Macht, welche in der Volkseinheit ihre Wurzel hat[2]. Anderswo wird kurzweg von dem „Inhaber der Volksgewalt" gesprochen. Dass der Staat und dieser allein Gewalt hat, ist „eine einfache Tatsache", und es ist ein „Axiom", dass der Volkswille über den einzelnen und ihren Interessen steht[3].

Hinreichend für den Beweis, dass auch von Sarwey mit „persönlicher Gewalt" operiert, von der Staatsgewalt als einem Axiom ausgeht oder dieselbe auf die Kraft des Volkswillens zurückführt. Wie sich damit aber die These verträgt, dass in dem Verfassungsstaat der Wille der mit der Volksgewalt ausgestatteten einzelnen durch die ihren Willen bestimmende und beschränkende Rechtsordnung dem Gesetz unterworfen ist[4], ist wieder das Rätsel, das nur durch die unausgesprochene Voraussetzung

---

[1] Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, S. 12.
[2] l. c. S. 23.
[3] l. c. S. 33.
[4] l. c. S. 44.

zung einer dualistischen Gewalt in der Gesellschaft, einer eignen Gewalt des Staates und einer eignen Gewalt des Rechts, zu lösen ist.

Die Herrschaft des Staates, sagt, das alte Thema wiederholend, GAREIS[1]), ist eine Macht, die Macht des herrschenden Gemeinwesens, und als Macht verdankt sie ihre Entstehung nicht dem Rechte, sondern nur der Tatsache. Die Macht ist dem Staate so sehr eigentümlich, dass er geradezu als Macht bezeichnet und das Wort „Macht" synonym mit „Staat" gebraucht wird, auch in der Rechtsprache[2]). Beiläufig wird hier die Macht aus dem Übergewicht des Gemeinwesens über seine Teile und Glieder erklärt, eine Erklärung die wir bereits bei ZÖPFL fanden, welche Beziehung vom Ganzen zu den Teilen, wenn man sie überhaupt als ein Machtsverhältnis betrachten darf, nicht nur bei dem Staate angetroffen wird.

Das Subjekt der Herrschaft ist das herrschende Gemeinwesen selbst. Diese These verliert aber alle Bedeutung durch die anderswo geäusserte Meinung[3]) dass die gesamte Staatsgewalt in dem Staatshaupte konzentriert ist. Demgemäss ist alle Staatsgewalt wiederum persönliche Gewalt.

Weil nun alle Richtungen der Herrschaft und rechtlich alle Hoheitsrechte des Staates sich im Staatshaupte vereinigen, gerät GAREIS aus der Fassung bei dem Umstand, dass das Recht dem Staatshaupte die Ausübung

---

1) Allgemeines Staatsrecht, 1883, (MARQUARDSENS Handbuch des öffentlichen Rechts I) S. 28.

2) l. c. S. 28, Note.

3) l. c. S. 33.

einzelner Hoheitsrechte (der Rechtspflege z. B.) untersagt[1]. Prachtvoll zieht er sich aber aus dieser Schwierigkeit, die ihn zu einer geteilten Gewalt — einer dualistischen Gewalt — führen sollte, heraus. Die Theorie von der Teilung der Gewalten verwerfend, meint er, dass das Staatshaupt als in den untersagten Betätigungskreisen „ersetzt" anzusehen sei! Wer durch dieses „Ersetzt" nicht zum Verständnis kommt, dass die gesamte Staatsgewalt bei dem Staatshaupt verblieben ist, dem mangelt die Einsicht.

Unsere Rundschau fortsetzend kehren wir jetzt zum Ausgangspunkt, zur Anschauung MAURENBRECHERS zurück. Denn das Persönliche der Gewalt finden wir aufs neue in schroffster Form vorausgesetzt bei VON SEYDEL und BORNHAK. Der aus VON GERBERS Theorie erzielte Gewinn, dass der Staat nämlich als eine Person betrachtet werden muss, wird von ihnen durchaus wieder verleugnet, folglich auch die These, dass der König ein Organ ist, die V. GERBER ahnte, wenn er auch noch, wie wir sahen, diese Eigenschaft des Organseins dennoch wieder zu einer persönlichen Gewalt führen liess. „Der Monarch ist kein Organ des Staates", sagt VON SEYDEL[2], „er steht als Herrscher, als Souverän über ihm." Das Königtum „leitet seine Gewalt aus keiner Rechtsquelle"; der König „herrscht aus eigener Macht". „Die königliche Gewalt besteht nicht kraft der Verfassungsurkunde, sondern die Verfassungsurkunde kraft der königlichen Gewalt[3]." Diese Auffassung wird durch

[1] l. c. S. 45, 46.
[2] Bayerisches Staatsrecht, 1884, I. S. 352.
[3] l. c. S. 353.

VON SEYDEL bereits im Jahre 1873 in seinen „Grundzügen einer allgemeinen Staatslehre" verkündet. Das Abstraktum „Staat" kann nicht wollen, sondern nur der konkrete Staat kann beherrscht werden. Es muss also, innerhalb desselben, menschlichen Individuen die Macht beiwohnen, *ihren* Willen als den über die Gemeinschaft massgebenden zu setzen, es müssen menschliche Individuen über die Gemeinschaft *herrschen*[1]. VON SEYDELS Staatsbegriff besprechen wir hier nicht. Hauptsache ist nur die schroffe Behauptung einer rein-persönlichen Gewalt, von welcher er nichts anderes zu sagen weiss, als dass sie eine gegebene Tatsache sei, „welche unabhängig von ihrem Entstehungsgrunde betrachtet werden kann"[2]. Sie führt uns, wie gesagt, auf den Standpunkt des Anfangs des vorigen Jahrhunderts zurück. Dass sie aber noch nicht als eine Abnormität betrachtet werden darf, beweist die Lehre BORNHAKS, der in seinem „Preussischen Staatsrecht" (1884) schreibt: „Alle Staatsmacht und alles Staatsrecht ist Fürstenmacht und Fürstenrecht"[3], und „in der konstitutionellen Monarchie gibt es also keine von dem Herrscher verschiedene Staatspersönlichkeit. Der Herrscher ist nicht, wie man es ausdruckt, Träger der Staatspersönlichkeit, sondern er ist mit ihr identisch". Diese Anschauung wird auch vertreten in der „Allgemeinen Staatslehre" desselben Verfassers vom Jahre 1896. „Keine besondere vom Inhaber der Herrschaft verschiedene Persönlichkeit", heisst es da[4], „existirt,

---

1) l. c. S. 7.
2) l. c. S. 12.
3) S. 64, 65.
4) S. 13.

sondern derjenige, der die Staatsgewalt aus eigenem Rechte innehat, ist ebenselbst der Staat".

Sieh da endlich unverhüllt den Kern der in mancher Beziehung noch herrschenden Staatslehre!

Ziehen wir jetzt, bevor wir uns mit den Ansichten von LABAND, JELLINEK, ROSIN und PREUSS beschäftigen, das Fazit aus dem bisher Betrachteten.

Vorherrschend ist erstens der Gedanke Staat = Gewalt; das ist überall der Ausgangspunkt und wird als Axiom vorausgesetzt, kaum einer Prüfung unterzogen. Ebensowenig wird die Form erklärt, in welcher jene Gewalt sich dartut; bald redet man von einer Willensgewalt, bald von einer Volksgewalt, bisweilen von einer aus dem Begriff Organismus sich ergebenden Über- und Unterordnung. Dann wird der Zweck, dem jene Gewalt zu dienen hat, nur ganz nebenbei erwähnt. Dass die Gewalt aus dem Zwecke erklärt werden könnte, fällt nicht ein. Für die Bestimmung des Staatsbegriffs ist Hauptsache die Festlegung der Gewalt; die Gewalt, ohne Rücksicht auf irgend einen Zweck gedacht, erhält einen abstrakten Charakter; dann wird sie zu einer Sache, über welche verfügt werden kann, und hat man sie einmal materialisiert, dann führt das zu der Notwendigkeit, die Gewalt irgendwo zu deponieren, damit sie nicht in der Luft schwebe. Das vollzieht sich durch die Annahme eines Trägers der Gewalt. Der Träger der Gewalt ist dann entweder der direkt zu der Gewalt Berechtigte oder das Organ, das unter diesem Titel die Gewalt verkörpert, in welchem Fall, im Grunde der Sache, auf einem Umwege das Recht auf Gewalt ebenfalls erscheint. Und mit dem Recht auf Gewalt bildet eine persönliche Gewalt die Grundlage der Staatslehre.

Dadurch, dass man den Blick starr auf die Staatsgewalt lenkt, bleibt ausserhalb des Gesichtsfeldes die Gewalt, welche von dem Recht ausgeht, und doch lässt das Vorhandensein auch dieser Gewalt sich überall empfinden, wo Gesetz oder Verfassung des Staates Macht beschränken. Dann wird offenbar, dass der Staatslehre ein Dualismus zweier Gewalten zu Grunde liegt: die Gewalt des Staates und die Gewalt des Rechts, von denen letztere bald in ersterer aufgeht, bald ihr ebenbürtig zur Seite tritt, bald mit höherer Geltung ausgestattet wird. Emporsteigen zu dem Gedanken, dass die Gewalt des Staates nicht nur in dem Rechte ihre Wurzeln hat sondern die Gewalt des Rechts selber ist und dass folglich in der Gesellschaft keine andere Gewalt als die Gewalt des Rechts bestehen kann, das tut man nicht.

Der einzige wirkliche Gewinn ist VON GERBERS These, dass der Staat eine Person ist, aber von langer Dauer war dieser Gewinn nicht, wie schon bei VON SEYDEL und BORNHAK hervorgehoben wurde. Auch diejenigen, welche sich dazu bekennen, können sich entweder, wie VON SARWEY, einen Staatswillen bloss als den Willen einzelner denken oder, wenn sie auch den Organ-Charakter festhalten, lassen sie doch die Persönlichkeit des Staates in der Persönlichkeit des als Organ auftretenden Individuums aufgehen. Die Staatspersönlichkeit wird also verleugnet und die persönliche menschliche Gewalt wiederum auf den Thron erhoben.

An dieser Vorstellung haben die Ausführungen LABANDS, JELLINEKS, ROSINS und PREUSS' wenig geändert; aber dennoch hat ihre Arbeit einerseits zu einer schärferen Formulierung dessen geführt, was wir Staatssouveränität nennen, anderseits liegt bei ihnen der Keim

des Gedankens, den wir als die Lehre von der Rechtssouveränität in dieser Schrift in den Vordergrund zu rücken versuchen. Darum müssen wir schliesslich auch bei ihren Untersuchungen noch stehen bleiben.

13. Neueste Versuche. In seiner „Genossenschaftstheorie" [1]) hält GIERKE es für notwendig, den Organ-Charakter des Fürsten oder des im Staate die höchste Stelle einnehmenden Kollegiums zu betonen. „Wie immer nun aber", sagt er, „die Organisation eines Verbandes zugespitzt sein mag, so bleibt doch auch das souveräne Organ stets nur Organ und deckt sich keineswegs mit der unsichtbaren Verbandspersönlichkeit". Dass diese Erinnerung notwendig war, zeigt wie sehr noch die Vorstellung einer individuellen persönlichen Gewalt das Staatsrecht beherrschte. Die massgebendsten Publizisten der jüngeren Zeit halten sich aber an dem Organ-Charakter des Königs oder Parlaments und erblicken in dem Staate selber, als einer juristischen Person, das Subjekt der dem Staate eigentümlichen Gewalt. LABAND betont das ausdrücklich: „Von der Auffassung des Staates als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts aus ergiebt sich, dass das Subject der Staatsgewalt *der Staat selbst* ist" [2]) und einige Zeilen weiter fügt er hinzu, dass „die Persönlichkeit des Staats als Subject von obrigkeitlichen Herrschaftsrechten verschwindet, wenn man den Inbegriff aller dieser Rechte, die Staatsgewalt, nicht dem Staate, dem „organischen Gemeinwesen" selbst, sondern dem Fürsten, oder dem

---

1) Die Genossenschaftstheorie und die Rechtsprechung, 1887, S. 689.
2) Staatsrecht I S. 86.

Parlament, oder beiden zusammen, oder sonst einem von dem Staate selbst begrifflich verschiedenen Subjecte beilegt."

Wenn wir uns die Person des Staates als das Subjekt der Staatsgewalt merken, finden wir bei LABAND die Begriffsbestimmung des Staates durch seine Gewalt, welche Gewalt — wie schon früher durch andere — als Herrschen umschrieben wird, und „herrschen", sagt er [1]), „ist das Recht, freien Personen Handlungen, Unterlassungen und Leistungen zu *befehlen* und sie zur Befolgung derselben zu zwingen". Den Zweck als entscheidendes Merkmal verwirft er ausdrücklich. Damit entsinkt aber dem Herrschaftsrecht der feste Boden; es hängt in der Luft. Und definiert man den Staat ausschliesslich als Machterscheinung, ohne irgend eine Zweckbestimmung, dann ist es notwendig diese Gewalt, welche dann nicht mit einem Zweck in Zusammenhang steht, mit etwas anderm zu verknüpfen. In der oben besprochenen Literatur hat diese Notwendigkeit veranlasst, entweder unmittelbar bestimmte Personen zu Subjekten der Staatsgewalt zu erheben, oder sie mittelbar durch ein Organ als deren Träger zu betrachten. LABAND hält nun aber fest an dem richtigen Gedanken dass das Subjekt des Obrigkeitsrechts der Staat selber ist; folglich bleibt das Obrigkeitsrecht schwebend wenn man den Zweck bei der Bestimmung der juristischen Person des Staates verwirft. LABAND scheint das selbst gefühlt zu haben, wo er ein „Substrat" sucht für das Deutsche Reich als selbständige ideale Persönlichkeit [2]) und fragt

---

[1]) l. c. I S. 64.
[2]) l. c. I S. 87.

„an welche thatsächlich existirenden Elemente ist die Personifikation rechtlich geknüpft"?

Dabei befindet er sich aber auf einer schiefen Ebene, die zu einem andern Subjekt als das Reich oder der Staat selbst führt. Und als Resultat seines Suchens vernehmen wir „dass die deutschen Fürsten und freien Städte in ihrer Gesammtheit die Träger oder Inhaber der Reichssouveränetät sind". Zwar sind sie „nur als Oberhäupter und Vertreter ihrer *Staaten* Mitträger der Reichsgewalt" aber gleichzeitig heisst es doch von den Landesherren, und in den freien Städten, den Bürgerschaften, dass sie die *Träger* oder *Subjekte* der Staatsgewalt sind [1]. Wird damit nun nicht wieder realiter die persönliche Gewalt in den Vordergrund gedrängt und die Persönlichkeit des Reichs oder des Staates lediglich benutzt als ein konstruktives Mittel um die Kontinuität der Reichs- oder Staatsgewalt, unabhängig von ihren Trägern oder Subjekten, annehmbar zu machen?

Das Persönliche der Gewalt tritt von neuem hervor. Darum kann JELLINEK [2] mit Recht sagen: „Die Vorstellung, dass es im Staate Menschen geben müsse, denen die Souveränität des Staates als eigenes Recht zusteht, ist trotz der Erkenntniss der hierin liegenden Widersprüche nur von Wenigen mit voller Konsequenz verbannt worden — ein neuer Beweis dafür, mit welch elementarer Macht scheinbar überwundene Anschauungen kraft der geschichlichen Tradition fortleben."

Ferner fällt es bei LABAND auf, dass er von Herrschafts*rechten*, von einem *Recht* zu befehlen und zu

---

1) l. c. I S. 89.

2) Allgemeine Staatslehre, S. 505.

zwingen, spricht; er nennt sogar das Herrschen des Staates „sein specifisches *Vorrecht*, das er mit Niemanden theilt" [1]). Woher das *Recht*, woher das *Vorrecht*?

Ist das Herrschen eine Eigenschaft des Staates, welche dieser von Natur hat, so kann doch bloss von einer *Macht* zu herrschen, nicht von einem Recht, d. h. einer aus der Rechtsordnung entlehnten Befugnis die Rede sein.

Die Betonung des *Rechts* zu herrschen ist nicht das geringste Verdienst des Werks von HUGO PREUSS [2]). Dieser verwirft zwar auch noch den Zweck bei der Bestimmung des Staatsbegriffs, aber er begnügt sich keineswegs damit, die Herrschaft einfach als Merkmal des Staates anzunehmen. Ein ganzes Kapitel wird dem Herrschaftsbegriff gewidmet, wobei dessen Formulierung durch ROSIN den Ausgangspunkt bildet. ROSIN definiert Herrschaft als die „rechtliche Über- und Unterordnung der Persönlichkeiten" [3]). Über- und Unterordnung gibt es in jedem Organismus, sie hat folglich einen natürlichen Grund; bei dem Staat und andern Gesamtpersonen ähnlicher Art ist der Wille der Gesamtperson dem Willen ihrer Gliedpersonen *rechtlich* übergeordnet [4]). Weil hier ein Rechtsverhältnis vorliegt, hat auch der Staat gegenüber den ihm eingegliederten Einzel- und Gesamtpersonen *Pflichten*; auch diese haben dem Staat gegenüber *Rechte*; die Macht des Staates ist Rechtsmacht [5]). Und damit tritt PREUSS in das Geleise der

---

1) l. c. I S. 65.
2) Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889.
3) l. c. S. 180.
4) l. c. S. 182.
5) l. c. S. 184.

Lehre von der Rechtssouveränität. „Bildet die Betrachtung des Staates als Persönlichkeit d. h. als Rechtssubjekt die Grundlage jeder theoretischen Erfassung des Staates", sagt PREUSS, „so liegt darin schon die *Unmöglichkeit*, ihn gedanklich vom Rechte loszulösen[1])." Es ist einleuchtend, dass jetzt der springende Punkt durchaus in der Vorstellung liegt, welche man sich von dem Verhalten der Begriffe Staat und Recht zu einander bildet. Aber über dieses Verhalten kommt der Verfasser nicht ins reine. Wenn ich seinen Gedankengang richtig verstehe, dann ist Recht jedesmal und überall da, wo eine Abgrenzung der Willenssphären stattfinden muss, während die Staatsidee bei jeder Eingliederung des Einzelwesens in ein sie umfassendes Gemeinwesen zu finden ist. Weil nun bei solcher Eingliederung Personen gegenüber Personen stehen, wenn auch in dem Verhältnis von Über- und Unterordnung, folglich eine Abgrenzung der Willenssphären vorliegt, ist dabei auch die Rechtsidee mittätig. Und weil der Einzelne *immer* als Teil eines grösseren Ganzen auftritt, sind Recht und Staat gleichzeitig gegeben. „Die Rechts- und Staatsidee sind gleichzeitig als Zwillinge geboren[2])."

Ich lasse diese Behauptung für sich bestehen; kann aber nicht einsehen, dass sich daraus, falls sie begrün-

---

[1]) l. c. S. 202. Diesem Gedanken entsprechend bemerkt der Verfasser im Kapitel der Analyse des Souveränitätsbegriffs (S. 133): „Eine absolute Macht, welche den mit ihr bekleideten Willen zum schlechthin allgemeinen, zum *souveränen* Willen erhebt, kann es im Gebiete des Rechts nicht geben; denn dadurch würde eben das in der Abgrenzung beruhende Wesen des Rechts negirt." Die Lehre der Staatssouveränität wird in diesen Worten also prinzipiell abgelehnt.

[2]) l. c. S. 202.

det wäre, die Folgerung ziehen lässt, dass nun auch die Gewalt des Staates über seine Glieder Rechtsgewalt sei. Im Gedankengange von PREUSS ist mit dem Staate per se eine Über- und Unterordnung gegeben; daraus folgt allerdings, dass, da sich in solchem Verhältnis Willenssphären entgegen stehen, das Recht Willenssphären zu regulieren hat, aber keineswegs dass jenes Verhältnis ein Rechtsverhältnis *ist.* Aber auch dann, wenn man letzteres akzeptieren müsste, dann wäre jedenfalls die Über- und Unterordnung selbst nicht durch das Recht hervorgerufen, mithin das Recht nicht der Grund der Gewalt einerseits und der Unterwürfigkeit anderseits.

Für die Behauptung, dass jenes Verhältnis *rechtlicher Natur* ist[1]) — eine Behauptung, auf welche die Lehre von der Rechtssouveränität sich stützt — ist in der Theorie dieses Gelehrten kein Raum. Seine Lehre führt vielmehr zum Dualismus der Rechts- *und* der Staatsgewalt, ein Dualismus der ihm offenbar vorgeschwebt haben muss, als er schrieb: „Will man der Staatsmacht die Rechtsmacht gegenüberstellen, so muss man diese als von jener *unabhängig* und als ebenbürtig anerkennen[2])." Solcher Dualismus bringt mit sich, dass das Recht sich auch die im Staat enthaltene Über- und Unterordnung angelegen sein lassen muss, wie umgekehrt der Staat sich um das Recht zu kümmern hat — aber auf verschiedener Grundlage wurzeln einerseits die dem Recht innewohnende Gewalt, anderseits die Gewalt des Staates. Folglich ist letztere nicht „*rechtlicher Natur*";

---

[1]) l. c. S. 212.
[2]) l. c. S. 202.

höchstens kann man sagen, dass sie zu einem Rechtsverhältnis erhoben werden muss, oder dass wenigstens das Verhältnis durch das Recht reguliert werden muss.

Obwohl die Staatslehre von PREUSS einen dualistischen Grund hat, gebührt ihm dennoch das Verdienst, die Selbständigkeit des Rechts betont zu haben, auch falls der Staat sich um die Rechtsbildung bekümmert. „Wenn heute", sagt er [1], „der Staat das Recht setzt, so verwirklicht er damit den in der Rechtsidee liegenden Drang noch Positivirung; er *deklarirt* latentes Recht, und schafft es nicht aus dem Nichts." Etwas weiter [2]: „Die staatliche Gesetzgebung bringt nur zu positivem Ausdruck, was als Recht schon in den Dingen vorhanden ist, und sie bekleidet nicht die Dinge resp. Personen mit einem aus dem Nichts geschaffenen Rechte." Diese selbständige Geltung des Rechts muss aber erst bewiesen werden. Erst wenn dieser Beweis geliefert ist, kann man dem beipflichten, was PREUSS als die wahre innere Natur des Rechtsstaates angibt — was aber, wie wir zeigten, aus seinem dualistischen Standpunkt nicht hervorgeht — diesem Ausspruch nämlich: „Dieselbe besteht nicht darin, dass der Staat eine Schöpfung des Rechts oder dass seine Aufgabe lediglich die Verwirklichung des Rechts wäre, sondern darin, dass das Band, welches seine sämmtlichen Theile, die ihm eingegliederten Einzel- und Gesammtpersonen, zu einer höheren organischen Einheit verbindet, *ein Rechtsband* ist [3]."

Damit trifft er, wenigstens in Bezug auf die Staats-

---

[1]) l. c. S. 206.
[2]) l. c. S. 225.
[3]) l. c. S. 213, 214.

gewalt, den Nagel auf den Kopf. Um dieses aber zu begründen, muss nicht nur jede Gewalt auf Rechtsgewalt zurückgeführt werden, sondern es ist zugleich notwendig, das Wesen des Staates in etwas anderem zu suchen als in seiner Gewalt, weil auch die Gewalt des Staates, gerade so gut wie die Gewalt der einzelnen zu einander, Rechtsgewalt ist, wenigstens sein sollte.

Fällt das Kriterium der Gewalt fort, dann ist vielleicht der Staat durch seinen *Zweck* zu bestimmen. Dieser Standpunkt wird, gegenüber der vermeinten Herrschaftsqualität des Staates, durch ROSIN vertreten [1]). Die Herrschaftsbefugnis ist, nach ihm, nichts dem Staate Charakteristisches; jede Gesamtpersönlichkeit, auch die des Privatrechts, trägt das Moment der Herrschaft gegenüber ihren Gliedpersönlichkeiten in sich [2]). Ist es so und behält man im Auge, dass jene Gewalt das formelle Element der Persönlichheit ist, dann muss nicht nur der solchermassen rein abstrakt bestimmte Begriff der Persönlichkeit mit konkretem Inhalte ausgefüllt werden, sondern kann auch jener konkrete Inhalt nur durch den konkreten Inhalt des Lebenszwecks der Persönlichkeit gegeben sein [3]).

Die gegen diese Ansicht, speziell durch LABAND angeführten Gründe erscheinen mir nicht zutreffend. In der Prüfung des Zweckes oder des Inhalts irgend eines Rechtsinstituts liegt keineswegs „eine Spekulation über seinen Nutzen oder seine Notwendigkeit“ [4]). Wenn man

---

[1]) Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in HIRTHS Annalen 1883.

[2]) l. c. S. 300.

[3]) l. c. S. 289.

[4]) l. c. I S. 63.

das Wesen des Staates durch seinen Zweck bestimmt, rechnet man mit einem Elemente, das bei jeder juristischen Person ein essentielles ist. Zur Bestimmung des Charakters solcher Person im Gegensatz zu andern juristischen Personen, wird man immer anfangen müssen mit der Feststellung des Zweckes, dem die Organisation nachzustreben berufen ist. Trifft man andere Institute an mit gleichem Zweck, sodass dieser für die Unterscheidung nicht hinreicht, dann wird man ein zweites, drittes Kriterium suchen müssen, bis schliesslich das charakteristische Merkmal gefunden ist. LABAND kann man zustimmen, dass der durch ROSIN formulierte Zweck[1]) den Staatsbegriff juristisch nicht zu bestimmen vermag, und ich glaube sogar, dass diese Bestimmung, ohne etwas anderes in Betracht zu ziehen als den Zweck, überhaupt nicht möglich ist, aber der erste Schritt, den man tun muss um zu einer Definition zu gelangen, ist die Bestimmung des Zweckes, in dessen bewusstem Nachstreben das Wesen des Staates sich äussert. Ergibt es sich dann, dass jener Zweck auch das Ziel anderer Gebilde, (Gemeinde, Provinz, Bundesstaat oder Staatenbund) sein sollte, dann wird für die Unterscheidung ein weiteres Merkmal gesucht werden müssen. Es scheint mir also, dass ROSIN die Berücksichtigung des Zweckes zur Definition des Staatsbegriffs mit Recht in den Vordergrund gebracht hat; wie sich aber später zeigen wird, kann man mit dem Zweckbegriffe allein, den Staat von

---

1) l. c. S. 291. Er formuliert den Zweck des Staates im Gegensatz zu dem Zwecke der Gemeinde und weist eine Verschiedenheit nach in den Interessen dieser Gemeinschaften.

andern öffentlich-rechtlichen Personen juristisch nicht unterscheiden.

Die jüngste Literatur hat mithin drei Seiten des Staates: seine Persönlichkeit, seine Gewalt und seinen Zweck von neuem beleuchtet, aber durch ihr Festhalten an einer dem Staate von Natur eigenen Gewalt [1]) hat sie für die Herrschaft des Rechts keinen Raum, während trotzdem der Staat als Rechtssubjekt und als gebunden durch das Recht behandelt wird. Und insofern die Selbständigkeit des Rechts ausdrücklich bejaht wird, gelangt sie zu einem Gewaltsdualismus, der weder praktisch noch theoretisch haltbar ist.

Auch JELLINEKS jüngstes grossartiges Werk „Allgemeine Staatslehre" hat dieses Problem nicht gelöst. JELLINEK sagt, dass des Staates Macht „unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen andern Willen eine ihm innewohnende, ursprüngliche, rechtlich von keiner andern Macht abgeleitete Macht" ist [2]). Zur Rechtfertigung dieser Gewalt macht er zwar einen

---

[1]) Sachlich Neues für den Staatsbegriff in dieser Hinsicht hat auch REHM (Allgemeine Staatslehre, 1899, in MARQUARDSENS Handbuch: Einleitungsband von v. SEYDEL) nicht gegeben. Die Staatsgewalt ist ihm etwas von Rechtsgewalt Verschiedenes: „eine äussere Macht, also nicht bloss eine Macht, wie sie die Rechtsordnung hat, eine psychologische, sondern auch eine solche, die physisch zwingt, festhält und straft" (S. 18). Doch redet er von einer „Rechtsmacht" des Staates, beruhend auf Regeln und Normen (S. 12) und spricht sich aus für die Selbständigkeit der Rechtsordnung als eine vom Staate unabhängigen Lebensmacht (S. 160). Über dem Dualismus von Gewalt kommt der Verfasser also nicht hinaus. Denn die dem Staate vorenthaltene physische Gewalt ist ihm nicht eine von der Rechtsordnung verliehene. Jedoch verschleiert er den Dualismus durch promiscue von Rechtsordnung und Rechtsidee zu reden und nur von der Rechtsidee zu betonen, dass sie den Staat beherrscht.

[2]) S. 158, 388 ff, 446.

Versuch, aber ihrem Wesen tritt er nicht näher, sodass ihm das nämliche vorgeworfen werden kann, was er an Aristoteles tadelt „dass er als selbstverständlich und daher als keines Beweises bedürftig voraussetzt und nirgends begründet, dass am meisten der höchste Autarkie besitzende Verband mit einer die Verbandszwecke versorgenden, den Widerstand der Glieder brechenden Gewalt ausgerüstet sein müsse" [1]).

Aus JELLINEKS Versuch zur Rechtfertigung jener dem Staate eigenen, ursprünglichen Gewalt erhellt, dass er die Staatsgewalt als eine Zwangsgewalt auffasst und diese Gewalt als eine Notwendigkeit für das Recht betrachtet, sodass — schreibt JELLINEK — die Frage nach dem Grunde des Staates wesentlich zusammenfällt mit der nach dem Grunde des Rechtes [2]). Sowohl für die Rechtsgewalt als für die Staatsgewalt, für zweierlei nicht aus einander abgeleiteter Gewalt also, ist der Grund zu ermitteln — aber jetzt stellt sich heraus, dass der Grund der Staatsgewalt in dem Grunde der Rechtsgewalt gelegen ist! Ist solches aber der Fall, dann ist die Staatsgewalt nicht eine ursprüngliche, sondern eine abgeleitete Gewalt [3]).

---

1) S. 196.

2) S. 202.

3) Ein Versuch, die Gewalt des Staates als Rechtsgewalt zu begründen, zugleich aber die Staatsgewalt als originäre Macht zu handhaben, ist neuerdings von GUSTAV SEIDLER (Das juristische Kriterium des Staates, 1905) gemacht worden. Dieser Versuch ist ein interessanter Beweis dafür, wie das Problem vom Verhältnis des Staates zum Rechte immer mehr in den Vordergrund tritt. Dass der Versuch gelungen ist, kann ich leider nicht sagen. Rechtsgewalt ist die Staatsgewalt weil der Staat nur in seiner Verfassung lebt; aber woher stammt das Verfassungsrecht oder „die konstitutive Rechtsordnung"? Auf diese Frage antwortet der Verfasser (S. 71): „Die Geltung der Verfassung (ist) ... Selbstoffenbarung

Aber dann muss man noch einen Schritt weiter gehen — und die Lehre von der Rechtssouveränität tut diesen Schritt — und sagen: die Gewaltsorganisation des Staates ist nicht bloss notwendig, um die Befolgung der Rechtsordnung unabhängig von der individuellen Erkennung ihrer Verbindbarkeit zu erzwingen, sondern die

---

eines aus socialpsychischer Entwicklung hervorgegangenen Wesens. Die sozialpsychischen Kräfte der Gemeinschaft, welche die Staatsbildung bewirken, waren *vor* der Proklamirung der Verfassung vorhanden, nur in einem im Vergleiche zur staatlichen Organisation unfertigen Zustand"... „Wie in dem ersten der zehn Gebote Gott sich selbst offenbart, so offenbart mittels der Proklamirung seiner Verfassung der gewordene Staat sein Dasein." SEIDLER operiert also mit einem doppelten Rechtsbegriff. Einerseits hat man die Rechtsordnung, welche „erst mit der staatlichen Organisation gegeben erscheint" und „auf Grund deren subjektive Rechte entstehen" (S. 39), andererseits ein Recht als „Produkt der psychischen Wechselwirkung der Einzelnen". *Dieses* Recht creirt die Verfassung, mithin auch den Staat, der also gegenüber dem andern Rechte, dem positiven, worin seine Gewalt nicht wurzelt, als eine „originäre Gewalt" betrachtet werden muss (S. 15). Ich glaube mit dieser Aufdeckung von des Autors Gedanken von zweierlei Recht den schwachen Punkt der Arbeit getroffen zu haben. Wohl wird durch den Verfasser das vom Staate gesetzte Recht auch als Produkt der „psychischen Wechselwirkung der Einzelnen" betrachtet und zwar als mittelbares Produkt, während die „konstitutive Rechtsordnung" immer unmittelbares Produkt der psychischen Wechselwirkung ist (S. 43, 44), auf welche Weise der begrifflichen Einheit des Rechts kein Abbruch getan wird — aber diese Einheit ist nur Schein. Denn das vom Staate gesetzte Recht gilt kraft einer Staatsgewalt, welche, entstanden aus der „psychischen Wechselwirkung", jedoch losgelöst von diesem Grunde, weiter fortwirkt. Der Verfasser hätte mit seiner „psychischen Wechselwirkung" der Lehre der Rechtssouveränität begegnen können, wenn er nicht mit der Entstehung des Staates jene Wechselwirkung als Quelle des Rechts verschlossen betrachtet hätte. Dann hätte er eingesehen dass, wer auch zur Bildung des Rechts berufen ist — Organe des Staates oder die unorganisierten Volksgenossen — einzig und allein in der Tatsache dass es Recht ist und niemals in einer besonderen Autorität oder Gewalt die verbindende Kraft der Rechtsnormen gelegen ist. — Bemerken will ich noch, dass, einmal auf dem angedeuteten dunklen Wege rechtlich

Gewaltsorganisation *selbst* ist eine grosse Rechtsorganisation und die Staatsgewalt im Grunde nichts anders als die Rechtsgewalt.

Um dieses annehmbar zu machen, haben wir den Grund der in der Gesellschaft herrschenden Gewalt näher zu untersuchen.

Dazu wollen wir jetzt übergehen.

---

entstanden, ein Staat ins Leben tritt ganz gleich dem Staate, den wir bisher kennen gelernt haben, nämlich als Machtssubjekt oder wie der Verfasser ihn zu nennen beliebt: „Hoheitssubjekt" (S. 58), ausgestattet mit Überlegenheit von Macht, welche Überlegenheit begründet wird mit der Bemerkung (S. 47): „Indem der Staat nun das Höchstmass der individuellen Leistungsfähigkeit aller seiner Angehörigen in sich vereinigt, ist seine Macht *naturgemäss* grösser als die aller andern Organisationen in seinem Bereiche." Die Macht des Staates ist also eine tatsächliche; die Macht als Rechtsgewalt ist hier verschwunden.

FÜNFTES KAPITEL.

DIE GRUNDLAGE DER OBRIGKEITLICHEN GEWALT.

14. Der Begriff der Gewalt. Zum richtigen Verständnis der Frage, welcher wir jetzt näher treten, ist es nötig, in erster Linie die Bedeutung des Wortes Gewalt klar festzustellen. Selbstverständlich wird damit hier nicht eine physische Überlegenheit gemeint. Die Gewalt oder die Macht der Obrigkeit kann nur Ausfluss des ihr bewiesenen Gehorsams sein. Mit Recht hat auch AUSTIN das betont und SPINOZAS „Obtemperantia subditum facit" wiederholt. Die psychische und physische Kraft von Menschen hat man nur insofern in der Hand, als sie gehorchen. Gewalt und Macht wachsen, je grösser die Kreise werden in welchen Folge geleistet wird, und je unbedingter dieses geschieht, desto intensiver sind sie.

Beim Zusammenleben von Menschen ensteht die Frage nach dem Grunde des Gehorsams gegen Gebote und Verbote, aus deren Befolgung sich die Ordnung ihres Zusammenlebens ergibt. Mit der Beantwortung dieser Frage lernen wir den Souverän kennen und es kann das Problem, welches uns in dieser Schrift beschäftigt, entschieden werden. Vorher ist aber noch eine Beschränkung der Fragestellung geboten. In der obigen allgemeinen Fassung würde sie allgemein psychologischer Natur sein, folglich müssten alle Faktoren, welche den

Gehorsam gegen und die Unterordnung unter Normen beeinflussen, einer Prüfung unterzogen werden [1]. Nun kann aber der Gehorsam die Folge von sehr verschiedenen Faktoren sein: von Furcht, Bequemlichkeit, Verehrung u. s. w., die ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit liegen. Hier, wo wir uns ganz auf juristischem Bodem bewegen, kann nur eine Prüfung des Grundes der Gehorsams*pflicht* in Betracht kommen. Dies ist der einzige Grund, ohne welchen ein Gemeinleben überhaupt nicht denkbar ist: alle andern sind nebensächlich und können allenfalls wegfallen; geht aber dem Menschen das Bewusstsein verloren, dass er zum Gehorsam verpflichtet ist, dann hört die Möglichkeit einer Ordnung, man denke sie sich wie man wolle, auf.

Demnach lautet die Frage, enger gefasst: Worauf beruht die Verpflichtung zum Gehorsam [2]? Die Antwort darauf muss uns die in der Gesellschaft als ordnende Macht tätige Gewalt offenbaren, weil ja der erzielte Gehorsam die Gewalt darstellt.

Auf diese Frage scheinen zwei Antworten möglich zu sein. Die Verpflichtung zum Gehorsam kann nämlich aus dem *Inhalt* der Norm sich ergeben, sodass die Pflicht, einer gewissen Norm gemäss zu handeln, aus deren Charakter als *Rechts*norm folgt — oder aber es könnte

---

[1]) JAMES BRYCE (Studies in history and jurisprudence, 1901, II, Essay IX „Obedience" S. 1 ff.) gibt in klarer Form eine solche allgemeine Untersuchung.

[2]) Diese fundamentale Frage wird in der Lehre der Staatssouveränität, wo diese sich nicht öffentlich zur persönlichen Gewalt bekennt, unbeachtet gelassen. Mit dem Staate ist die Tatsache eines Subjektionsverhältnisses gegeben. Einerseits eine unbedingte Macht zu befehlen, anderseits eine ebenso unbedingte Unterwürfigkeit zu gehorchen. Von einer Verpflichtung

die Verpflichtung aus einer persönlichen Beziehung dadurch hervorgehen, dass eine oder mehrere bestimmte Personen ein Befehlsrecht besitzen. In letzterem Falle wäre die Verpflichtung zum Gehorsam da, unabhängig von dem Befehlsinhalte, unabhängig von dessen Rechtscharakter, nur wegen der *Herkunft des Befehls*, weil er ein Befehl des Königs oder des Parlaments ist, bei welchen folglich ein Befehlsrecht vorausgesetzt wird.

Es kann also von einer unpersönlichen und von einer persönlichen Gewalt gesprochen werden. Unpersönlich ist sie, wenn die Norm bindet, weil sie Rechtsnorm ist, persönlich ist sie, wenn die Verbindbarkeit der Norm in einer bestimmten Person oder einem bestimmten Kollegium ihren Ursprung hat.

Die Titel dieser beiden Arten von Gewalt sind jetzt zu prüfen.

---

zum Gehorsam kann hier nicht die Rede sein. Wohl spricht man von einem „Recht" zur Auferlegung des Willens und von einer „Pflicht" diesem Willen Folge zu leisten, aber dieses Recht und diese Pflicht werden nicht begründet; es ist nur eine Terminologie. Sachlich ist mit dem Staate ein reines *Macht*verhältnis gegeben, wo ein Müssen, kein Sollen sich vorfindet.

§ 1. DIE PERSÖNLICHE GEWALT.

15. Begründung der persönlichen Gewalt durch die Lehre von der Gottes- und von der Volkssouveränität. Bis in die Zeit, wo man in dem Staate eine Rechtsperson zu erblicken anfing, ist die in seinem Namen ausgeübte Gewalt fortwährend als eine an bestimmten Personen haftende Obrigkeitsgewalt betrachtet worden, als ein ihnen ausschliesslich zukommendes Befehlsrecht. Schon früh, sobald die persönliche Gewalt einen grösseren Umfang annimt, empfindet sie das Bedürfnis nach einer unanfechtbaren Begründung. In erster Linie ist diese von altersher in einem überirdischen Ursprung gesucht worden. Im Altertum ist die Monarchie bestrebt, ihrer Gewalt eine göttlichen Sanktion zu geben. Der König oder Kaiser liess sich persönlich und in den Tempeln auch seinem Bilde göttliche Ehre erweisen und Münzen, die früher das Bildnis eines Gottes trugen, mit seinem eignen Bilde prägen, umgeben von Strahlenkranz und göttlicher Titulatur [1]. Speziell in den Weltmonarchieen des Altertums war dies der Fall, denn bei weit verzweigter persönlicher Gewalt wird das politische Bedürfnis nach einer Begründung der Gewalt am stärksten empfunden.

Die weitere Begründung des überirdischen Ursprungs

---

[1] JULIUS KAERST: Studien zur Entwickelung und theoretischen Begründung der Monarchie im Altertum, 1898, S. 46.

der Gewalt verblieb dem Mittelalter[1]). Die Veranlassung sich mit der Begründung der Obrigkeitsgewalt zu beschäftigen, ging damals nicht so sehr aus der Notwendigkeit hervor, dieselbe dem Volke gegenüber zu verteidigen, als aus dem Bedürfnis, die Selbständigkeit der Staatsgewalt der Macht der Kirche gegenüber zu behaupten.

Denn mit der Einführung des Christentums wird der Staat anfänglich von der Höhe, auf die die Griechen und die griechische Philosophie ihn allmählich emporgehoben hatten, heruntergestürzt. Die volle Lebensgemeinschaft, welche nach griechischer Anschauung in dem Staate verwirklicht war und folglich auch für eine Trennung zwischen Staat und Kirche nicht Raum hatte, löste sich nach Einführung des Christentums auf in eine zwiefache Gemeinschaft, die der Kirche und die des Staates. Von diesen beiden Gemeinschaften ist es zuerst die Kirche, in der der grössere Teil der vollen griechischen Gemeinschaft wiederzufinden ist. Der Gedanke der Kirche lag ursprünglich in der Ordnung der Beziehung, in welcher der Mensch zu Gott sich befindet. Diese Beziehung, in der die ganze Christenheit sich eins fühlte, konnte in jenen Zeiten durchaus nicht den individuellen Anschauungen der einzelnen überlassen werden; sie erhielt ihre Ordnung von einer dazu bestimmten Organisation: der Kirche. Aber auf dieses rein geistliche Band beschränkte sich die kirchliche Gemeinschaft nicht.

---

1) Im Altertum gibt es wohl Theorien zur Begründung der Staatsgewalt aber zur Rechtfertigung dieser Gewalt wird man erst veranlasst, im Mittelalter, der kirchlichen Gewalt gegenüber, und, nach dem Mittelalter, um die Herrschaft dem Volke gegenüber zu bestimmen.

Sie unterzog sich der Armenpflege, der Krankenversorgung, der Unterstützung von Witwen und Waisen; sie ordnete die Ehe, die Vormundschaft, die Erbfolge; Künste und Wissenschaften nahm sie in ihre Hut. Dem Staat hingegen verblieb jener Teil der Obrigkeitsaufgabe, welcher speziell Anwendung von Gewalt erfordert: Polizei, Strafjustiz, Steuererhebung, Kriegswesen u. s. w. In dem Staate sah man eine minderwertige Gemeinschaft; in dem Vordergrund stand die Gemeinschaft der Kirche mit ihrer Aufgabe, den Menschen auf das ewige Leben vorzubereiten. Der Staat war das durch den Sündenfall notwendig gewordene Übel, ohne eigenen Zweck, allein dem Zwecke der Kirche dienstbar.

Das ganze Mittelalter hindurch sehen wir den Staat oder die weltliche Obrigkeitsgewalt ringen, um seine Selbständigkeit, als eine Gemeinschaft mit eigenem Daseinsgrund, zur Anerkennung zu bringen, eine Selbständigkeit, die ihm von der Kirche streitig gemacht wird.

Dieser Streit zwischen Staat und Kirche nun macht es für die Staatsgewalt erforderlich, für ihre Gewalt einen gleichwertigen Grund anführen zu können, als die Kirche für die ihrige. Anstatt aber diesen Grund zu suchen in dem Zwecke des Staates, bleibt die persönliche Gewalt sowohl für den Staat als für die Kirche Ausgangspunkt, und es wurde nur die Frage gestellt, ob und inwiefern die Gewalt des Kaisers vom Papst entlehnt war oder ob sie, wie jene des Papstes, einer selbständigen Quelle entstammte. Kaiser und Papst waren im Mittelalter die zwei Gewaltträger: der deutsche Kaiser, als Nachfolger in der römischen Weltherrschaft, im Besitz des dominium mundi — der Papst, als Statthalter Gottes, das

Haupt der Christenheit. In diesen beiden war die gesamte Gewalt *personifiziert.*

Hat der Kaiser seine weltliche Gewalt vom Papst empfangen oder, wie der Papst, direkt von Gott? Das war die Streitfrage, welcher in der Lehre von den zwei Schwertern ein biblischer und in der erdichteten Schenkung des Konstantin ein historischer Untergrund gegeben ward. Auf diesem Gebiet war es dem Staat nicht möglich, den Sieg zu erringen. Kräftigere Hilfe ward ihm seitens der Juristen zu teil, welche, den deutschen Kaiser als Nachfolger der römischen Imperatoren betrachtend, seine Befugnisse aus dem Corpus iuris herleiteten, mithin aus einer Quelle ganz anderer Art als jene, aus welcher die Gewalt des Papstes entstanden war.

Von grösserer Bedeutung aber war die Zurückführung der fürstlichen Gewalt auf das Volk. Die Lehre von der Volkssouveränität aus den römischen Rechtsquellen herausgelesen, gestützt durch die lex regia, wurde besonders durch Marsilius von Padua ausgebildet. Diese Lehre, laut welcher die Gewalt des Fürsten auf einem Vertrag mit dem Volk beruhte, gab der Staatsgewalt eine irdische und damit eine von der Kirche unabhängige Grundlage. Die dabei der theokratischen Staatslehre gemachte Konzession bestand in dem Zugeständnis, dass die Einsetzung der Staatsgewalt durch das Volk stattgefunden habe: Deo inspirante.

Das Mittelalter hat mithin für die persönliche Gewalt, von deren Berechtigung jene Zeit, infolge des Feudalwesens, tief durchdrungen war, zwei Titel zu Tage gefördert: das persönliche Befehlsrecht stammt entweder von Gott oder aus dem Volke.

Nach dem Mittelalter, von der Renaissance an, leisten

beide Titel abwechselnd Dienst zur Begründung der persönlichen Obrigkeitsgewalt. Nun aber nicht länger, um deren Selbständigkeit der Kirche gegenüber zu verteidigen — die Tatsache der Selbständigkeit des Staates sprach kräftig genug — sondern um das Herrschaftsrecht *dem Volke gegenüber* darzutun und begrenzen zu können. Den kräftigsten Titel für die Monarchie schaffte nun die nämliche theokratische Staatslehre, welche früher verkündet war, um die Unterordnung der Staatsgewalt unter die Kirche zu beweisen. Ihren Höhepunkt erreicht die Lehre in Frankreich im XVII. Jahrhundert, gleichzeitig mit dem Triumph des fürstlichen Absolutismus. BOSSUETS „Politique" ist durchweg eine Vergötterung der Monarchie, wonach er dann folgerichtig das Persönliche der Gewalt hervorhebt mit den Worten: „tout l'état est en lui, la volonté de tout le peuple est enfermée dans la sienne" [1]). Zur selben Zeit triumphiert die theokratische Staatslehre in England, und auch in Deutschland versucht man der Göttlichkeit der fürstlichen Gewalt Eingang zu verschaffen.

Was war nun aber diese Fürstengewalt, für deren Herrschaft eine überirdische Begründung nötig erachtet wurde? Wodurch unterscheidet sie sich von jeglicher andern in der Gesellschaft tätigen Gewalt?

Mit der wachsenden Macht der Monarchie auf dem europäischen Kontinent bricht endlich der Gedanke durch, dass ihr wesentliches Merkmal in der *Souveränität* liege. BODIN spricht diesen Gedanken in seiner „République" zu allererst aus und gibt damit den Kern der Staatsanschauung, welche bis auf den heutigen Tag das Denken

1) Oeuvres de BOSSUET, 1841, I S. 370.

und Tun der Staatsmänner und Gelehrten zum allergrössten Teil beherrscht hat. Zwar kann BODIN in seinen Tagen dem Fürsten noch nicht die ganze durch das Wort Souveränität ausgedrückte Machtfülle zuerkennen, und es müssen, wenn der Staat Steuer erheben oder wenn er expropriieren will — Handlungen wozu man die Berechtigung noch nicht in der dem Fürsten zukommenden Macht enthalten glaubte — Titel des Privat-, des gemeinen Rechts zu Hilfe genommen werden, wie Zustimmung der Stände, wie das dominium eminens, um die Ausübung jener Befugnisse zu rechtfertigen, aber allmählich werden solche Handlungen auch direkte Rechte der Obrigkeit, und die Staatsgewalt bekommt den absoluten Charakter, der in der heutigen Literatur durch den Begriff „Herrschen" ausgedrückt wird und wovon JELLINEK[1]) sagt, er bestehe „in der Fähigkeit seinen Willen anderen Willen *unbedingt* auferlegen, gegen andern Willen *unbedingt* durchsetzen zu können".

Für die aus dem Souveränitätsbegriff definierte Staatsgewalt bildet auch das Recht keine Schranke. Was das Verhältnis zwischen Staat und Recht anbelangt, liefern die römischen Rechtsquellen Belege für die Nicht-Gebundenheit des Fürsten durch das Recht. Besonders berief man sich auf die Stelle: Princeps legibus solutus[2]). Wiederholt hat man zwar gegen diese Überspannung des Königtums reagiert, auch ist schon durch CUJACIUS bewiesen worden, dass jene Stelle sich lediglich auf die Lex Julia et Papia Poppaea bezog[3]), aber, gestützt

---

1) Allgemeine Staatslehre S. 158.

2) L. 31 D. I 3. Inst § 8 II 17.

3) Hierauf ist durch GIERKE (ALTHUSIUS, 2e Ausg., 1902, S. 282)

durch die theokratische Auffassung des Königtums, blieb in der Theorie die Regel von der absoluten Souveränität des Königs ungeschmälert bestehen.

Gegen diese, die Rechte und Freiheiten des Volks gefährdende Lehre suchte man Schutz in der Lehre von der Volkssouveränität, die sich jetzt gegen die Gewalt des Königs kehrte, während sie im Mittelalter zur Wahrung der Selbständigkeit der Staatsgewalt gebraucht worden war. Jetzt ward sie zuerst benutzt, um den Herrschaftsvertrag in den Vordergrund zu rücken und so die konditionelle Natur der dem Fürsten delegierten Gewalt zu beleuchten. Hielt der Fürst sich nicht an den Vertrag, so konnte er abgesetzt oder sogar, wie die Monarchomachen lehrten, aus dem Wege geschafft werden.

Seit ALTHUSIUS wurde auf die Lehre der Volkssouveränität tiefer eingegangen und auch nach einem Rechtsgrunde für die Gewalt des Volks geforscht. Der Gesellschaftsvertrag war die Lehre, welche die Volkssouveränität begründen und dem Volke das Befehlsrecht verschaffen sollte. Aber diese Lehre bewährte sich als ein Proteus. Denn mit ihr als Ausgangspunkt gelang es einerseits HOBBES, eine absolute, unwiderrufliche Fürstengewalt zu konstruieren, dadurch, dass er den Vertrag als einen Vertrag zwischen Volksgenossen zu Gunsten eines Dritten darstellte, ein Kunststück, womit er die theokratische Staatslehre von dem Beweise der Fürstensouveränität befreite. Später hingegen stützt ROUSSEAU

---

hingewiesen. Die Stellen bei CUJACIUS sind zu finden in der Napolitanischen Ausgabe seiner Werke, 1758, Tom. III, col. 449, Tom. VII, col. 1189 und Tom. X, col. 831. Certe omnes fere, sagt CUJACIUS, huius legis sententia abutuntur.

sich auf den nämlichen Vertrag, um jedes Recht auf Gewalt zu verneinen sodass es für eine Monarchie mit persönlicher Gewalt keinen Platz mehr gäbe. Aber bis auf ROUSSEAU führt der Gesellschafts- und der Herrschaftsvertrag zu einer absoluten, persönlichen Gewalt des Fürsten. Diese Fürstensouveränität gipfelt in der These, dass auch die Geltung des Privatrechts auf dem Willen des Königs beruhe, womit auch die Rechtsgewalt in vollem Umfang Staatsgewalt geworden war, und, wie GIERKE[1]) schreibt, gegen das Ende des XVIII. Jahrhunderts „die Verstaatlichung des positiven Rechts auf dem Gipfelpunkte anlangte". Damit war, wenigstens in der Theorie, die tatsächlich bestehende dualistische Gewalt von Recht und Staat beseitigt, aber auf Kosten des Rechts.

16. Gegensatz der persönlichen Gewalt zur Rechtsgewalt. Dennoch hat man durch die gänzliche Nicht-Gebundenheit des Staates durch das Recht, sich nie völlig befriedigt gefühlt. Und wo der Gedanke von der Staatssouveränität konsequent dazu führen musste, dass das ganze positive Recht, zwar nicht was seine Bildung, aber doch was seine Gültigkeit betrifft, als Ausfluss des Staatswillens betrachtet wurde, da lebte die Rechtsgebundenheit des Staates wieder auf im Naturrecht. Im Naturrecht erscheint wieder der alt-germanische Gedanke von der selbständigen Geltung des Rechts[2]), hier findet man die ersten Spuren der Lehre von der Rechtssouveränität wieder. Das Naturrecht ist hier mehr als die

---

1) ALTHUSIUS, 2e Ausg., 1902, S. 291.

2) GIERKE, ALTHUSIUS, 2e Ausg., S. 318.

blosse Grundlage für den Rechtstitel der Gewalt, zu welchem Zwecke es gebraucht wurde, um die Verbindbarkeit der Herrschafts- und Gesellschaftsverträge darzutun. Es ist ein ganzes System von Regeln, die ihre Verbindbarkeit in sich selbst enthalten und denen auch der Souverän unterworfen ist. Zugebend, dass dieser durch das positive Recht, über welches er vollkommene Macht besitzt, nicht gebunden ist, versucht man diese Allmacht wenigstens insofern zu zügeln, dass das Recht für ihn nicht etwas sei, was er willkürlich machen, sondern nur verwirklichen kann[1]). Dieses zu verwirklichende Recht ist eben das Naturrecht.

Dieser Gesichtspunkt unterscheidet also gegensätzlich den Staat und das Recht. Das Recht entlehnt seine Gewalt nicht vom Staate oder vom Willen des Souveräns: es ist da, es besteht unabhängig vom Staate — aber zu seiner Handhabung braucht es die Macht des Souveräns. Dieser stellt seine Macht in den Dienst des Rechts, darf sie nun aber auch nur zu dessen Realisierung anwenden. Um ausfindig zu machen was Recht ist, hat er das Naturrecht zu befragen. Macht und Recht stehen mithin in diesem Gedankengang völlig unverbunden neben einander, in diesem Sinne, dass die Macht des Souveräns eine Gewalt ist, von welcher die Gültigkeit des Rechts *nicht* abhängt, und das Recht eine Gewalt besitzt, aus welcher die Gewalt des Souveräns *nicht* hervorgeht.

Die Schule des Naturrechts bringt es darum auch nicht weiter als zur Erkenntnis der Herrschaft des Rechts über den Souverän; keineswegs erhebt sie sich zur Einsicht, dass auch die Staatsgewalt Rechtsgewalt

1) Gierke, l. c. S. 300, 303.

ist oder sein sollte, am allerwenigsten dass diese Gewalt im positiven Recht zu Tage treten muss. Sie erblickt in dem Naturrecht eine Herrschaft über die Herrschaft des Staates, so dass man sagen kann dass die Anfänge des konstitutionellen Systems in der Form einer beschränkten Monarchie, den Gedanken dieser Schule ausdrücken. Bei der beschränkten Monarchie ist ja die Gewalt des Fürsten ein gegebenes; über diese Gewalt tritt als eine Beschränkung eine höhere Gewalt, die des Gesetzgebers: eine Vorstellung, die man, wie wir bereits früher sahen, u. a. bei KLÖPPEL antrifft.

Die Schule des Naturrechts verschärft also die These, dass es ein persönliches Recht auf Gewalt gibt, denn ein solches Recht ist für sie der Anknüpfungspunkt, um zu der Verwirklichung des Naturrechts gelangen zu können, während der Dualismus der Gewalt, welcher mit der Fürstensouveränität aufgehoben war, von neuem erscheint. Jedoch verbleibt dieser Schule das Verdienst, den Gedanken eines selbständigen aus eigner Kraft geltenden Rechts hervorgehoben zu haben.

Von bedeutend grösserem Einfluss auf unser Problem ist ROUSSEAUS Auftreten gewesen, weil dieser der erste Publizist war, der prinzipiell mit der Idee eines persönlichen Rechts auf Gewalt gebrochen hat. Sich stützend auf die Souveränität des Volks, ist ihm diese unveräusserlich und die Regierung nichts weiter als eine „commission du peuple" mit zu jeder Zeit widerruflichem Mandate. Nur insofern könnte in ROUSSEAUS Theorie noch von einem Recht auf Gewalt die Rede sein, als das Volk bei ihm im Besitz dieses Rechts sich befindet, alle Gewalt beim Volk beruht. Und wirklich ist dieser Gedanke aus seinem „Contrat social" an mancher Stelle

heraus zu lesen. Aber, wie BOSANQUET [1]) richtig bemerkt, in ROUSSEAUS Lehre liegen alte und neue Begriffe durcheinander. Alt ist bei ihm die Lehre von der Volkssouveränität als Folge eines Gesellschaftsvertrages, durch welchen für das Volk ein Recht auf Gewalt entsteht. Neu ist seine Betonung der ,,volonté générale'' als Offenbarung der Volkssouveränität, so dass man sagen darf, der eigentliche Souverän sei nicht der bewegungslose Volkskörper, sondern dessen sich in der ,,volonté générale'' aussprechende Seele [2]). ROUSSEAU ist es nicht gelungen jene ,,volonté générale'' als ,,le moi-commun du corps moral et collectif'' zu konstruieren, aber im Wesen der Sache stimmt die ,,volonté générale'' überein mit dem sich im Recht offenbarenden ,,Volksgeist'' der deutschen historischen Schule. Da ROUSSEAU zwischen ,,volonté générale'' und ,,volonté de tous'' unterscheidet, darf man nicht, wie GUIZOT [3]) getan hat, behaupten, dass die durch ROUSSEAU konstruierte Gewalt, eine reine Willensherrschaft sei. Denn die ,,volonté générale'' als Wille des sozialen Körpers, erhält ihre Autorität durch ihren inneren Wert, herrscht folglich durch ihren Inhalt und zeigt also den Charakter eines aus eigner Kraft geltenden Rechts [4]).

Dieser Charakter ist übrigens ROUSSEAU nicht zu vollem Bewusstsein gekommen, denn um die Herrschaft der ,,volonté générale'' zu rechtfertigen, sucht er ihren

---

[1]) The philosophical theory of the State, 1899, S. 14.

[2]) ESMEIN: Éléments de droit constitutionel, 1896, S. 155.

[3]) Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe, le éd. (1851) I, Leçon 6 und 7.

[4]) BOSANQUET, l. c. S. 93, 103 ff.

Ursprung und verfällt damit in den Fehler der Schule des Naturrechts, die Gewalt durch Erforschung eines rechtmässigen Ursprungs begründen zu wollen.

Die „volonté générale" herrscht souverän, kraft der Souveränität, welche das Volk durch den „contrat social" erworben hat. Bei dieser Konstruktion wird übersehen, dass für die Herrschaft der „volonté générale" kein ausserhalb derselben liegender Rechtsgrund erforderlich ist. Wenn die „volonté générale", wie schon bemerkt, selbst das Recht ist, dann ist für ihre Gültigkeit weder die Volkssouveränität noch sonst ein anderer Souverän nötig; das Recht gilt aus eigner Kraft, weil es Recht ist.

Wir können also sagen, dass ROUSSEAU das alte historische Recht auf Gewalt beseitigt und es widerruflich gemacht hat, weiter, dass er, die „volonté générale" als Souverän annehmend, der Herrschaft einer unpersönlichen Gewalt den Weg bahnt und in dieser Beziehung wirklich prinzipiell Neues gelehrt hat, dass er sich aber nicht ganz hat los machen können von einem Rechte auf Gewalt, welches durch den „contrat social" dem Volke zugedacht wird und durch ihn dann als Grund für die Herrschaft der „volonté générale" d. h. der Normen des Rechts gebraucht wird.

Das Neue in ROUSSEAUS Anschauungen hat die Staatslehre seiner Zeit nicht beeinflusst; es ist übrigens auch erst in jüngster Zeit erkannt und klargelegt worden. Dagegen sind es die alten Begriffe — durch ROUSSEAU mit grösserer Schärfe als durch seine Vorgänger entwickelt — die damals das Staatsrecht beherrscht haben und mit ROUSSEAUS Namen verbunden geblieben sind. Daher kommt es auch, dass die Kritik der individualistischen Staatslehre sich vorzugsweise gegen ROUSSEAU wendet. Dass seine

neuen Gedanken solange unbeachtet bleiben konnten, ist zum grossen Teil ROUSSEAUS eigene Schuld, dessen „Contrat social", gerade durch das Schwanken zwischen alten und neuen Vorstellungen, an grosser Unklarheit leidet, einer Unklarheit, die übrigens auch von ihm selbst eingestanden wird [1]).

Den durch ROUSSEAU seiner „volonté générale" zu Grunde gelegten Gedanken findet man, wie schon gesagt, in jenem Teil der Lehre der deutschen historischen Rechtsschule wieder, wo deren Anschauungen über die Rechtsbildung erörtert werden. Die Hervorhebung des Gewohnheitsrechts durch diese Schule — für welche die Gewohnheit, worin der „Volksgeist" sich äussert, das Kennzeichen des positiven Rechts, nicht dessen Entstehungsgrund ist — zeigt eine Kategorie Normen, die ihre Kraft einzig und allein dem Umstand, dass sie Rechtsnormen sind, verdanken. In dem Gwohnheitsrecht der deutschen historischen Schule bricht sich eine unpersönliche von dem Staate durchaus unabhängige Gewalt Bahn. Darum geben die Anhänger der Lehre von der Staatssouveränität sich so viele Mühe, um auch die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts auf die Autorität des Staates zurückzuführen, und ist man in der englisch-amerikanischen Schule AUSTINS sogar so weit gegangen, das Gewohnheitsrecht erst dann als Recht anzuerkennen, wenn es in der Rechtssprechung also von Staatswegen Anwendung gefunden hat, und zwar so, dass in demselben Augenblicke, wo der Richter eine solche Norm als Rechtsnorm gebraucht, dieselbe nun auch massgebend wird für Fälle aus einer Zeit, wo sie es noch nicht war,

---

[1]) DUSAULX: De mes rapports avec J. J. ROUSSEAU (1798).

mithin rückwirkende Kraft erhält. Diese gekünstelte Konstruktion illustriert genügend die Verlegenheit, in welche das Vorhandensein eines seine Gewalt und Gültigkeit nicht vom Staate entlehnenden, die Lehre von der Staatssouveränität folglich umstossenden, Gewohnheitsrechts die Anhänger dieser Lehre gebracht hat. Trotzdem sind sie durch das Gewohnheitsrecht der historischen Schule nicht zur Einkehr gekommen, weil sie die Staatsgewalt als etwas Ursprüngliches, zur Rechtsbildung Befähigtes, betrachten, obwohl auch auf andere Weise Recht entstehen kann. Dieses aber führt notwendig zu einem Recht, das seine Gültigkeit der Staatsgewalt verdankt, und zu einem Recht, das die Gültigkeit aus eigner Kraft besitzt: mithin zu einem Dualismus der Gewalt. Hätte man diesen Dualismus erkannt, vielleicht hätte man dann den Gedanken einer dem Staate ursprünglich eignen Gewalt fahren lassen und wäre auf die Spur der Lehre von der Rechtssouveränität gekommen, welche in der Obrigkeitsgewalt nichts anderes als Rechtsgewalt erblickt, sodass nur *mit* der Gewalt und *durch* die Gewalt des Rechts von einer Obrigkeit die Rede sein darf.

Genau so spurlos wie die oben geschilderte Staatsauffassung ROUSSEAUS, ist auch die Rechtsauffassung der historischen Schule an der Staatslehre vorübergegangen. Letztere verstärkte bloss die bis tief in das XIX. Jahrhundert herrschend gebliebene Meinung, dass der Staat sich möglichst wenig um die Ausbildung des Rechts, speziell des Privatrechts, zu kümmern, sich also dem Recht gegenüber passiv zu verhalten habe, wie es auch die ökonomische Theorie jener Zeit, welche die Wirkung der sozialen Kräfte durch keine Staatseinmischung

beeinträchtigt sehen wollte, für die wirtschaftlichen Verhältnisse forderte.

In engem Zusammenhang damit steht das Betonen der Handhabung des Rechts als Aufgabe des Staates, weil die Obrigkeit über die, zwar nicht aus dem Recht hergeleitete, aber seiner Handhabung dienstbar zu machende Macht verfügt. Diese Handhabung liefert den Anknüpfungspunkt um die Gewalt alles Rechtes auf die Gewalt des Staates zurückzuführen und damit dem handgreiflichen Dualismus zu entgehen, der aus der Auffassung des Gewohnheitsrechts durch die historische Schule als eines aus eigner Kraft geltenden Rechts, folgerte. Die dazu führende Konstruktion wurde zuletzt durch JELLINEK[1]) erneuert, indem er sagte, dass, seitdem der Staat zum alleinigen Inhaber der Herrschergewalt geworden war, zwar nicht die gesamte Rechtsbildung, wohl aber der rechtlich geordnete Rechtsschutz Sache des Staates wurde. „Die Gerichtsgewalt geht ausschliesslich in seine Hände über, und alle Gerichtsbarkeit ist daher zuletzt ihm zugehörig oder von ihm geliehen. Damit wird es endlich des Staates Recht, alles innerhalb seiner Grenze geltende Recht zu reguliren, so dass im modernen Staate alles Recht in *staatlich geschaffenes* und *staatlich zugelassenes* Recht zerfällt." Es scheint fast überflüssig, auf den Fehler in dieser Konstruktion aufmerksam zu machen, so sehr fällt er in die Augen. Wenn es Aufgabe des Staates ist, das Recht zu wahren, dann hat er die Aufgabe zu erfüllen, jedesmal und überall wo es Recht gibt, und es darf ihm nicht freistehen, das eine Recht wohl, das andere nicht zu

---

1) Allgemeine Staatslehre, S. 330.

handhaben. Von staatlich *zugelassenem* Recht kann folglich nicht die Rede sein, weil der Staat handhaben muss was er an Recht, es mag entstanden sein wie es will, antrifft. Eine Wahl zwischen Recht und Recht hat der Richter nicht; damit fällt staatlich zugelassenes Recht weg, und der Dualismus zwischen Recht und Staat ist demnach nicht beseitigt.

Weder die neue Staatslehre ROUSSEAUS noch die neue Rechtslehre der deutschen historischen Schule hat also, wie wir sagten, eine Änderung in den Anschauungen des ancien régime über Staat und Recht und über ihre Beziehungen zu einander hervorgerufen. Was die neuere Staatslehre von der alten unterscheidet, liegt in der Annahme der Rechtspersönlichkeit des Staates. Dieser Begriff ist aber, wie wir im vorigen Kapitel sahen, nie zu seinem Recht gekommen, weil die Bestimmung des Zweckes, in dessen bewusster Verwirklichung doch der ganze Begriff der Persönlichkeit gelegen ist, für den Staatsbegriff unberücksichtigt gelassen wurde, und man den Staat ausschliesslich durch seine Macht als herrschendes Subjekt definierte. Auf die juristische Person wurden nun die früher dem Fürsten zuerkannten Attribute übertragen, nämlich der Besitz der Obrigkeitsgewalt, des Befehls- oder Herrscherrechts. Ohne Zweckbestimmung gedacht, schwebte dieses aber in der Luft, was zur Folge hatte, dass man zu einem Träger der Souveränität seine Zuflucht nahm und, wie oben deutlich gezeigt wurde, eine persönliche Gewalt, aber jetzt verkappt unter dem Namen eines Organs, sich weiter behauptete.

Wo nun solches der Fall ist, müssen wir die historischen Titel für eine persönliche Obrigkeitsgewalt einer

näheren Prüfung unterziehen. Erweisen sich diese Titel nicht als stichhaltig, dann muss die Vorstellung einer solchen Gewalt verschwinden, und die Herrschaft kann — weil es ein tertium nicht gibt — einzig und allein in einer unpersönlichen Gewalt begründet sein, welche unpersönliche Gewalt nur in dem Rechte zur Erscheinung kommt.

17. Kritik der Begründung der persönlichen Gewalt. Die zwei Titel, welche von altersher zur Begründung einer persönlichen Gewalt in Betracht gekommen sind, lagen, wie wir gesehen haben, in dem Willen Gottes oder in dem Willen des Volkes. Weil die Lehre von der Staatssouveränität eine solche persönliche Gewalt in sich birgt, enthält diese Lehre versteckt entweder die Lehre von der Souveränität Gottes oder von der Souveränität des Volkes.

Diese beiden Schulen bringen es unterdessen nicht weiter, als zu der Begründung einer Befehls*macht.* Nur in uneigentlichem Sinne kann bei ihnen von einem Befehls*recht* geredet werden, weil solches Recht nicht aus der Rechtsordnung entlehnt sein kann. Denn entweder steht die persönliche Obrigkeitsgewalt neben der Rechtsgewalt und ist dann eine Gewalt anderer Art, oder die Rechtsordnung beruht auf der Obrigkeitsgewalt, in der Weise, dass die Gewalt des Rechts eigentlich Obrigkeitsgewalt ist und dann kann das Befehlsrecht jener Ordnung nicht entlehnt sein[1]). Meinte man, dass es daraus

---

[1]) VIKTOR CATHREIN, S. J. („Recht, Naturrecht und positives Recht", 1901, S. 84 und „Moralphilosophie", 4e Aufl., I S. 472 ff., 496 ff.) hebt dies ausdrücklich hervor, kommt dann aber konsequent zu dem Schluss,

wohl entlehnt sein könne, dann würde man der Rechtsordnung eine selbständige, in eigner Kraft ihre Wurzeln habende Gültigkeit zuschreiben und überdies die Selbständigkeit der Obrigkeitsgewalt leugnen; entweder das eine, oder das andere oder beides wird durch die Theorie der persönlichen Gewalt verneint. Darum können wir die persönliche Gewalt nur aus einem der beiden erwähnten ausserhalb des Rechts liegenden Gründe herleiten. Dann stehen wir aber sofort vor der schwierigen Frage, in welcher Weise die Majestät der Gewalt auf die Schultern jener bestimmten Personen gelegt worden ist: auf welchem Wege ist die Übertragung vor sich gegangen? Angenommen, die Souveränität beruhe auf Gott oder auf dem Volke, dann hat die auf ihre Ausübung Anspruch erhebende Person den Titel zu zeigen, kraft dessen ihr der Auftrag entweder durch Gott oder durch das Volk verliehen wurde.

In der Lehre von der Souveränität Gottes kann dieser Titel ein unmittelbares Einschreiten Gottes sein, wie ja behauptet wird, dass Gott einmal in Israel die Obrigkeit direkt eingesetzt habe[1]). Ein solcher übernatürlicher Ursprung ist aber jedenfalls für die heutigen Regierungen nicht nachweisbar und wird dann auch in der Schule von der Souveränität Gottes nicht mehr verkündet.

---

dass das *Recht* zu befehlen nur im Naturrecht zu suchen ist, zu welcher Anschauung er sich auch bekennt. Da dieses Naturrecht schliesslich im Willen Gottes wurzelt, fusst dieser Gedankengang wiederum in der Lehre der Gottessouveränität. Vom Staate wird in Übereinstimmung hiermit gesagt, dass der Urheber der Natur den Staat will und also auch die Staatsgewalt wollen muss, welche Staatsgewalt also *auf Grund göttlicher Ermächtigung* das *Recht* zu befehlen hat.

[1]) I Samuel 9 V. 16.

Heutzutage begnügt man sich mit der Verkündigung eines persönlichen Imperiums, das auf Grund seines historischen Entwicklungsganges die Weihe Gottes empfangen habe.

Man verstehe dieses richtig. Gemeint wird nicht nur, dass die Gewalt in der Gesellschaft in Gottes Willen ihre Wurzeln habe, sodass entschieden verneint wird, dass dieselbe im menschlichen Willen ihren Ursprung finden könne — eine Verneinung, der die Schule von der Rechtssouveränität vollkommen zustimmt — sondern es wird überdies gemeint, dass, wie STAHL[1]) es ausdrückt, „überall die *bestimmte* Verfassung und die *bestimmten* Personen der Obrigkeit Gottes Sanktion haben." Das nämliche wird in den Niederlanden verkündet durch die „anti-revolutionäre" Staatslehre. Die persönliche Gewalt des Hauses Oranien wird gleichfalls dargestellt als ein Produkt der Geschichte, in welcher Gottes Wille sich mittelbar offenbart hat. „Das Haus Oranien", sagt DE SAVORNIN LOHMAN[2]), „hat nicht in diesem Sinn ein Recht auf den Thron, dass man seine Rechte verletzen würde, wenn man es ausschlösse, aber wohl in diesem, dass es offenbar berufen ist zum Throne durch Ihn, der sowohl jenes Haus als unsre Nation geführt und zusammengebunden hat." Dadurch ist die bestimmte persönliche Gewalt, welche das Befehlsrecht hat, legitimiert. LOHMAN kennt infolgedessen keine andre Gewalt als königliche Gewalt; jede Gewalt wird auf den König zurückgeführt: der König ist Obrigkeit. Dass dem Recht eine selbständige Gültigkeit nicht innewohnt, versteht

1) Staatslehre, 5e Aufl., S. 177.

2) Onze Constitutie, S. 35.

sich: Recht ist der Komplex von Regeln, nach denen wir uns, *kraft Obrigkeitsbefehls*, zu führen haben [1].

Dieser Gedankengang verschiebt den Titel des Befehlsrechts. Die Geschichte verleiht realiter den Titel, mittelbar Gott, insoweit Gottes Wille sich in der Geschichte zeigt. Kein blinder Zufall, sondern „Gottes Fügung" regiert den Gang der Ereignisse [2]. Mit dieser Erklärung wird aber das Befehlsrecht auf die nüchterne Tatsache, dass man faktisch eine Befehlsmacht besitzt und ausübt, zurückgeführt. Die Tatsache ist, wie wir schon aussprachen, nicht zu leugnen. Jahrhunderte hindurch ist der Gedanke eines persönlichen Rechts auf Gewalt gehegt worden, am allermeisten von den Fürsten selbst. Aber es ist eben die Frage, ob es für ein solches Recht einen wesentlichen Titel gegeben hat. Die Schule von der Souveränität Gottes glaubt denselben durch die Verweisung auf Gottes Willen gefunden zu haben; wo sie aber auf eine Offenbarung als „eine die Natur durchbrechende Tat" verzichtet und sich mit der historischen göttlichen Sanktion begnügt, vergöttlicht sie eine Meinung, eine Auffassung, kurz: ein Dogma. Dass die ganze Geschichte hindurch eine persönliche Gewalt gegolten hat — wer wird das verneinen? Ergibt sich aber daraus, dass infolgedessen ein göttliches Befehlsrecht entstanden ist?

Mit der Logik hat diese Lehre es nie genau genommen, weil es ihr nicht in erster Linie um die Wahrheit, sondern um die Verbreitung eines Religionssystems zu tun war. Dieses System hat zwiefachen Inhalt. Erstens

---

[1]) l. c. S. 1. Auf Seite 179 und 430 wird die selbständige Geltung des Rechts betont.

[2]) Stahl, l. c. S. 178.

beabsichtigt es eine Autorität in der Gesellschaft zur Anerkennung zu bringen, welche nicht menschlichem Wollen entstammt sondern, über diesem Wollen erhaben, es beherrscht. Die sittliche Gewalt des Rechts genügt dieser Schule nicht; ihr Glaube an einen persönlichen Gott fordert eine übernatürliche Grundlage für eine das Wollen und Tun der Menschen beherrschende Gewalt, und deshalb legt sie ein Band zwischen die jeweilige Obrigkeit und ihre Vorstellung eines persönlichen Gottes. Das Vorhandensein eines solchen Bandes kann sie nicht beweisen; es ist ein Glaubensartikel und gilt folglich bloss für solche, welche der gleichen religiösen Überzeugung zugetan sind. Zweitens operiert diese Schule mit einer Offenbarung Gottes, in welcher sie ewige, unanfechtbare Normen niedergelegt findet, die, als Gebote Gottes, der, ihrem Ursprunge nach, absoluten Obrigkeitsgewalt Grenze und Richtung geben. Wo diese Offenbarung zu finden und was sie aussagt, hängt ebenfalls ab von dem Glaubenssystem, zu welchem man sich bekennt. In diesem Punkte gibt es eine weitaus grössere Verschiedenheit von Meinungen, als in dem der Fundierung der Gewalt.

Mit dieser zweiten Konsequenz der Lehre von der Gottessouveränität brauchen wir uns vorläufig nicht zu befassen. Uns interessiert hier nur das zwischen König oder Parlament einerseits, den persönlichen Gott, dem man anhängt, anderseits geknüpfte Band. Den Beweis, dass es besteht, vermag diese Schule, wie gesagt, nicht zu liefern; ein persönliches Befehlsrecht kraft Gottes Willens ist nicht nachzuweisen. Das ist hier die Hauptsache. Wir verneinen keineswegs das Recht, das, was der einzelne auf verschiedenen Gebieten als Gebot oder Verbot empfindet, folglich auch die sittliche Gewalt des

Rechts, mit dem Glauben an einen persönlichen Gott in Zusammenhang zu bringen. Dazu ist — auch wenn man sich auf wissenschaftlichem Terrain befindet — ein jeder durchaus berechtigt; das individuelle religiöse Bedürfnis gibt dafür die Entscheidung. Aber wir verneinen, dass, wie STAHL behauptet und die antirevolutionäre Staatslehre in unserm Lande verkündet, *bestimmte Personen zu Gott in einer Beziehung stehen*, kraft welcher sie Gewalt über Menschen auszuüben vermögen. Denn diese Behauptung erhebt zu einem Glaubensartikel, was ganz allein eine Frage der Wissenschaft ist. Und weil es hier ein wissenschaftliche Frage betrifft, dürfen wir auch einen Beweis verlangen für die Behauptung eines aus Gott entstammenden persönlichen Rechts auf Gewalt. Dieser Beweis kann aber nicht gebracht werden. Beruft man sich statt dessen auf den Glauben, so ist diese Berufung mit Entschiedenheit zurückzuweisen. Der Glaube mag noch so aufrichtig sein, er begibt sich auf ein Feld, auf dem er den Durchschlag nicht geben kann. Wenn er sich anmassend an die Stelle des Arguments setzt, wird er zum Kissen auf welchem das Denken einschlummern soll; und weil er die Wissenschaft von einem Teile ihres Gebietes verdrängt, fälscht er die Einsicht in die Tatsachen und hemmt, ja verhindert er die Ergründung der Wahrheit.

Der Beweis, dass Gott bestimmten Personen ein Befehlsrecht verliehen hat, ist nicht geliefert. Bei der Lehre von der Volkssouveränität liegt die Sache anders. Ist das Volk souverän, dann kann das Recht auf Gewalt in konstatierbarer Weise verliehen sein. Durch Vertretung kann das Volk seinen Willen kund geben und die Souveränität in die Hände eines Parlaments oder eines Königs

delegieren. Aber hier ist die Frage am Platz, welche bei der Schule der Gottessouveränität übergangen werden konnte, wie verhält es sich mit dieser Gewaltsquelle[1]? Ist wirklich das Volk souverän und fähig Gewalt zu begründen?

Ein Beweis für seine Souveränität ist nirgends mehr ausfindig zu machen. Ihr uralter Grund, der Gesellschaftsvertrag, wird von keinem mehr befürwortet. Und ausser jenem Vertrag gibt es nichts, das zu der Souveränität des Volkes führen kann. Schon das „Volk" entschlüpft jeder Begriffsbestimmung, sobald wir es uns als Subjekt der Gewalt zu denken versuchen. Bei der Lehre von der Volkssouveränität fehlt folglich der Souverän, der im stande wäre bestimmten Personen ein Befehlsrecht zu verschaffen[2].

In der Lehre von der Volkssouveränität liegt aber noch etwas andres eingeschlossen und zwar der der Theorie AUSTINS zu Grunde liegende Gedanke, dass die Gewalt durch den Gehorsam der Masse des Volks „to a superior" geboren werde. Damit verleiht AUSTIN der Theorie Ausdruck, welche speziell ROUSSEAU vorgeworfen wird, dass nämlich die Gewalt in dem Willen der einzelnen ihre Wurzeln habe. „Volk" ist dann ein Sammelname und deutet auf eine unorganisierte Zahl von Individuen hin, aus denen der Wille der Majorität Gehorsam beanspruchen kann, sodass durch diesen Willen,

---

1) CATHREIN wirft in seiner zitierten Arbeit über das Naturrecht (S. 144) einmal die Frage auf: „Aber hat denn Gott das *Recht* uns zu befehlen, uns Gesetze zu geben? Sonderbare Frage!" ruft er aus. Und mit Recht; der Glaube beherrscht hier ganz und gar die Einsicht.

2) ESMEIN, l. c. S. 151.

wenn er ein Parlament oder einen Cäsar mit dem Befehlsrecht ausrüstet, eine persönliche Gewalt entsteht.

Bei der Behandlung dieser Austinschen Lehre ist das Unzulängliche einer Volkssouveränität dieser Art schon dargetan. Hier genügt es darum, bloss dies eine schlagende Argument dagegen zu erwähnen, dass jede Gewalt ihrem Wesen nach eine Macht ist, nach der das Wollen der Menschen sich zu richten hat und deshalb nie aus jenem Wollen hervorgehen kann. Aus dem homogenen Wollen einer Anzahl Menschen kann freilich, wenn es auf Unterwerfung zielt, eine gesellschaftliche Macht hervorgehen. Aber, es sei wiederholt, mit solcher tatsächlichen Macht haben wir nicht zu rechnen. Denn es ist nicht die Frage, auf welchen Wegen ein Machtzentrum sich bilden kann, sondern gegenüber welcher Gewalt Gehorsam eine Pflicht ist. Und diesen Hauptpunkt lässt die Austin-Rousseausche Lehre gänzlich ausser acht. Ein persönliches Befehlsrecht ist, von jener Anschauung aus, unzulässig.

Mit obigem sind die einzigen Titel, welche eine persönliche Gewalt begründen konnten, geprüft und untauglich befunden. Ein persönliches Befehlsrecht gibt es folglich nicht; nirgends und bei niemandem ist es zu finden. Von dem Dilemma: entweder eine persönliche Gewalt oder eine unpersönliche, bleibt demnach nur die unpersönliche Gewalt. Und diese Gewalt ist die Gewalt des Rechts.

---

§ 2. DIE UNPERSÖNLICHE GEWALT.

18. Gegensatz von persönlicher und unpersönlicher Gewalt. Das Recht, das positive, eventuell zwangsweise zu handhabende, Recht — und nur in diesem Sinne sprechen wir hier und anderswo von Recht — zeigt sich uns als eine Summe von Normen.

Der Normbegriff wird durch eine Verbindung zweier Teile gebildet. Denn erstens liegt in einer Norm ein zu realisierenden Zweck und zweitens die Verpflichtung diesen Zweck zu realisieren. Der Unterschied zwischen den Anhängern einer persönlichen und den Anhängern einer unpersönlichen Gewalt bezieht sich auf den zweiten Teil. In der Lehre von der persönlichen Gewalt wird die Verpflichtung zur Verwirklichung des Zweckes aus der einer bestimmten Person oder einem bestimmten Kollegium zukommenden Gewalt abgeleitet. Kraft dieser Gewalt wird die Realisierung eines Zweckes sanktioniert und entsteht der Normcharakter. Die Literatur des deutschen Staatsrechts leitet deshalb auch, besonders im Anschluss an LABAND, indem sie am Gesetz Inhalt und Sanktion — d. h. den Befehl, dem Inhalt gemäss zu handeln — unterscheidet, die Sanktion aus der Gewalt des Königs ab. Der König ist — in diesem Gedanken durchaus richtig — der ausschliessliche Gesetzgeber, denn nur sein Wille kann einen zu realisierenden Zweck zum Inhalt einer Norm erheben.

In der Lehre von der unpersönlichen Gewalt muss die

Verpflichtung zur Verwirklichung eines Zweckes einen andern Grund haben. Die Sanktion einer Regel, wodurch die Regel zur Norm wird, kann in dem Willen von Menschen, deren Wille gerade durch die Norm regiert werden muss, nicht begründet sein.

Darum ist zu erforschen, worin der Grund des in einer Rechtsnorm enthaltenen Imperativs liegt.

19. Der Imperativ in der individuellen Norm. Als Ausgangspunkt können wir das Wollen und Handeln des einzelnen nehmen, insofern es mit Bewusstsein geschieht. Analysieren wir den Bewusstseinszustand, aus welchem die Verrichtung irgend einer Handlung hervorgegangen ist, der also jener Handlung unmittelbar vorherging, dann können wir unterscheiden die Vorstellung eines Zweckes, infolge deren und zur Erreichung dessen die Handlung vorgenommen wurde. Wir wissen aber, dass die Vorstellung eines Zweckes nicht ohne weiteres eine Handlung veranlasst, denn oft können wir bei uns selbst Zweckvorstellungen wahrnehmen, ohne dass eine Handlung zur Erreichung dieser Zwecke darauf folgt. Was muss nun bei einer Zweckvorstellung noch hinzukommen, damit die zweckerfüllende Handlung aus dem Bewusstseinszustande hervorgeht? Darauf gibt die Erfahrung zur Antwort: dass der vorgestellte Zweck zu uns in einem solchen Verhältnis stehen muss, dass dessen Erreichung für unsre Persönlichkeit *Wert* habe. Zur Tat schreiten wir, wenn zwischen unsrer Persönlichkeit und irgend einem Zweck ein Wertverhältnis vorhanden ist und zwar ein Wertverhältnis das uns veranlasst zu handeln, m. a. W. wenn dieser Zweck für uns genügenden *Verwirklichungswert* hat. Ist das der Fall, dann

erfolgt auch die Handlung, welche den Zweck realisieren soll. Der Grund unsers Handelns liegt also in einem Wertverhältnis zwischen einem Zweck und unsrer Persönlichkeit. Deutlich drückt SIGWART[1]) das aus, wenn er sagt: „nicht das, dass mir irgend ein Zweck vorschwebt, sondern *das bestimmte Verhältnis des darin Gedachten zu mir selbst*, enthält den Grund es zu wollen". Weil bei SIGWART „Wollen" eine „Tätigkeit", mithin ein „Handeln" ist, stimmt dieser Ausspruch überein mit unsrer Analyse des Bewusstseinszustandes, aus welchem eine Handlung hervorgeht. Auch der angeführte Satz betont ja, dass es das *Verhältnis* ist, in welchem der Zweck zu meiner Persönlichkeit steht, das als die Ursache der auf die Zweckerfüllung gerichteten Handlungen wirkt.

Eine Zweckvorstellung kann meine Person verschiedenartig affizieren. Ist das Verhältnis aber ein solches, dass der Zweck für mich Realisierungswert hat, dann hat sie zweckrealisierendes Handeln zur Folge. In demselben Augenblick, wo der Bewusstseinszustand ein Handeln bedingt, wird also gleichsam eine Norm geboren, deren *Inhalt* in dem vorgestellten Zweck und deren *Sanktion* (d. h. der Befehl dem Inhalt Folge zu leisten) in dem Verhältnis, worin sich jener Zweck zu unsrer Person befindet, gelegen ist, welches Verhältnis ein Wertverhältnis ist. Der Imperativ der individuellen Norm gründet sich also auf diesem Wertverhältnisse. Von dem Augenblicke an, wo ein solches Wertverhältnis eintritt, wirkt die Norm, zwingt sie zum Handeln. Für ein belie-

---

[1]) Der Begriff des Wollens und sein Verhältniss zum Begriff der Ursache, 1879.

biges Eintreten dieses Erfolges, des Handelns, ist hier kein Platz. Affiziert die Zweckvorstellung unsre Person so, dass sie Realisierungswert hat, dann folgt das Handeln daraus ganz von selbst. Die individuelle Norm wirkt nicht, wie die Rechtsnorm, durch Vermittlung eines andern Bewusstseins. Zwischen Norm und Apparat des Handelns besteht eine unmittelbare, natürliche Beziehung.

20. Der Imperativ in der Rechtsnorm. Obige Betrachtung kann uns auf die Spur des Grundes führen, den wir für den in der Rechtsnorm enthaltenen Imperativ zu erforschen haben. Auch bei den Rechtnormen haben wir als *Inhalt* einen zu realisierenden Zweck zu konstatieren. Um die *Sanktion* (den Befehl zur Realisierung dieses Zweckes) zu finden, müssen wir also das Wertverhältnis suchen, worin jener Zweck sich befindet, oder richtiger — weil auch hier das Wertverhältnis sich als ein solches darstellt, bei dem der Zweck *Realisierungswert* hat — das Subjekt von welchem dieser Wert herrührt. Bei dem aus einem Bewusstseinszustande entsprungenen Handeln des einzelnen, von dem oben die Rede war, wurde der Realisierungswert des Zweckes aus dem Verhältnis zwischen dem Zweck und der Subjektivität des Individuums hergeleitet. Jetzt fragen wir nach dem Subjekt — wenn es gestattet ist hier dieses Wort zu gebrauchen — welches dem in einer Rechtsnorm erstrebten Zweck Realisierungswert verschafft. Kürzer gefasst: Recht ist ein Wertverhältnis; welches ist das Subjekt des Rechtswertes?

Die Beantwortug dieser Frage ist zu finden in der Tatsache, dass der Ordnung, welche die Rechtsnormen zwischen Menschen zu stande bringen, ein Zweck zu

Grunde liegt. Diese Ordnung bezweckt allerdings etwas zu erzielen, was ohne sie nicht zur Entwicklung gekommen wäre. Gebrauchen wir nun für den aus dieser Ordnung hervorgehenden Zusammenhang den gewöhnlichen Ausdruck: *Gemeinschaft*, dann kann bis auf weiteres der Zweck als *Gemeinschaftszweck* bezeichnet werden. Dieser Zweck gibt den Massstab, womit der Rechtswert bemessen wird, und kann also das Subjekt dieses Wertes genannt werden.

Ist nun dieser Zweck bei einer gegebenen Rechtsordnung ausfindig zu machen? Können wir aus einem gegebenen System von Rechtsnormen die Frage beantworten, was sie zusammen erreichen sollen? Die Ziele, deren Erreichung durch die einzelnen Rechtssätze beabsichtigt wird, sind konkret und bestimmt; was aber ist der Inhalt des Gemeinschaftszweckes, dem der Realisierungswert sämtlicher in den Rechtsnormen enthaltenen Zwecke entlehnt ist? Es wäre vielleicht möglich eine allgemein befriedigende Antwort auf diese Fragen zu geben, wenn wir die Rechtsordnung, unter der wir leben, einem Gesetzgeber verdankten, wie BENTHAM ihn sich dachte, der dieselbe planmässig als ein Ganzes erlassen hätte. Aber unsre heutige Rechtsordnung ist mehr gewachsen als erschaffen, sodass die Schwierigkeit den Zweck des Ganzen zu bestimmen, wohl als unüberwindlich betrachtet werden muss. Hauptsache ist hier aber weniger die Kenntnis des positiven Zweckinhalts als die Erkenntnis, dass die Summe der das Gemeinschaftsleben beherrschenden Normen einen Gemeinschaftszweck — was dieser nun auch sein möge — postuliert.

Und diese Erkenntnis ist in der Idee des Rechts, als

Wertterm, enthalten. Die Rechtsnormen zeigen nach aussen hin zwar nur Gebote und Verbote, aber jedes Gebot und jedes Verbot ist das Resultat einer vorhergegangenen Abschätzung von Zwecken und Interessen, wie es bei der durch einen Gesetzgeber stattfindenden Rechtsbildung am klarsten ersichtlich ist. Mit dem Akt einer Schätzung ist nun notwendig ein Massstab gegeben, nach welchem der Wert des Geschätzten, der Verwirklichungswert also von Zwecken und Interessen, bestimmt wird, und solcher Massstab postuliert notwendig einen Zweck, hinter dessen Verwirklichung die Verwirklichung andrer Zwecke zurücksteht. Wo also aus den Rechtsnormen ein Zusammenhang zwischen Menschen folgt, m. a. W. wo es die Funktion des Rechts ist eine Gemeinschaft zu ordnen, fordert die dazu nötige Interessenschätzung einen Gemeinschaftszweck als einem Massstab, mit dem der Rechtswert der Interessen zu schätzen ist. Und wenn wir auch diesen Gemeinschaftszweck nicht konkret bestimmen können, so kennen wir denselben doch durch seine Wirkungen, insofern der Realisierungswert, den die Zwecke der einzelnen Rechtsnormen haben, aus einem Gemeinschaftszweck entlehnt sein muss.

Mit dem Gemeinschaftszweck verhält es sich ähnlich wie mit dem Zwecke, worin die Subjektivität des einzelnen ihre Wurzeln hat. Wir kennen das Leben des einzelnen als eine mehr oder weniger geordnete Bedürfnisbefriedigung. Was wir beim einzelnen wahrnehmen, sind Handlungen zur Befriedigung von Bedürfnissen; zu gleicher Zeit erblicken wir eine gewisse Reihenfolge oder Regelmässigkeit bei dieser Bedürfnisbefriedigung, auch eine Vorliebe für die Befriedigung dieser und eine absichtliche Nichtbefriedigung andrer Bedürfnisse. Das

deutet auf eine Schätzung, der wir unsre Bedürfnisse unterwerfen und die eine Ordnung in ihrer Befriedigung zur Folge hat. Schon die Erhaltung des physischen Lebens erfordert das: Schlafen, Essen, Trinken, Bewegung müssen einander abwechseln; die Sorge für unser körperliches Wohlbefinden besteht in dem Innehalten eines richtigen Masses bei diesen Verrichtungen. Bei der Befriedigung unsrer psychischen Bedürfnisse gibt es ebenfalls eine solche Ordnung. Eine Ordnung dieser Art postuliert aber einen Zweck als Grund der Schätzung, der wir die Befriedigung heischenden Bedürfnisse unterziehen. Der Zweck ist auch in diesem Falle nicht konkret anzugeben, aber in der Bejahung oder der Verneinung des Realsierungswertes unsrer verschiedenen Bedürfnisse, offenbart sich die Wirkung eines Zweckes, der den Massstab für die Wertbemessung darstellt. In diesem Zweck oder in dieser Bestimmung liegt die Subjektivität des einzelnen, dessen Eigentümlichkeiten nur durch Berücksichtigung der Bedürfnisse, die befriedigt und nicht befriedigt werden, erkannt werden können. In der Wahl der Bedürfnisse, deren Befriedigung wir erstreben, spiegelt sich die Essenz unsrer Persönlichkeit ab.

Die Analogie zwischen dem einzelnen und der Gemeinschaft in dieser Beziehung ist einleuchtend: auch die Rechtsgemeinschaften aller Zeiten unterscheiden sich von einander durch die Wahl der Interessen der einzelnen, denen sie Rechtswert zuerkennen. Das Wesen jeder Gemeinschaft spiegelt sich ab in den Interessen, die Rechtswert haben und in dem Quantum des Rechtswerts (d. h. dem Quantum der Freiheitsbeschränkungen), das denselben, dem Rechtswerte andrer Interessen gegenüber, zu teil wird. Rechtswert aber postuliert einen

Zweck, dessen wir uns am allermeisten dadurch bewusst werden, dass wir in der Abwägung der verschiedenen menschlichen Interessen seine Wirkung empfinden.

Ich setze diese Ausführung nicht weiter fort, sondern begnüge mich mit der Konstatierung obiger Tatsache, dass das Recht einen Zweck voraussetzt, dem die im Recht enthaltenen Wertbestimmungen entlehnt sind. Um aber diesen den Rechtswert schaffenden Zweck sich nicht zu einer reinen Abstraktion verflüchtigen zu lassen, wage ich mich für einen Augenblick auf ein Gebiet, das sonst ausserhalb der Grenzen dieser Schrift liegt.

Was ist jenes „etwas", das, wie vorhin gesagt, durch die Gemeinschaft zur Entwicklung kommt und ohne den durch die Rechtsordnung dargestellten Zusammenhang nicht eingetreten sein würde?

Man kann verschiedene aus dem geordneten Zusammenleben der Menschen hervorgegangene Vorteile aufzählen, und früher, zur Blütezeit der Spekulationen über den Staatsvertrag, wurden einige genannt, von denen behauptet wurde, dass die Aussicht auf sie die Menschen veranlasst hätte, aus dem Naturzustande in eine „bürgerliche Gesellschaft" zu treten; umgekehrt wurden aus den mit dem Naturzustande verknüpften Nachteilen Motive geschöpft, um ein geordnetes Zusammenleben zu gründen. Diese Theorien über den Staatsvertrag haben für unsre Fragestellung nur insofern Bedeutung, als aus ihnen erhellt, dass der Zweck der Gemeinschaft stets die Intelligenzen beschäftigt hat. Bereits in PLATOS Staat bezog sich die Hauptfrage auf eine Ordnung des Gemeinwesens, zur Erreichung des Zwecks, den man ins Auge gefasst hatte. PLATO ponierte ein ethisches Ideal und erhob damit den Gemeinschaftszweck über den Horizont

der individuellen Interessen, in welchen später die Schule des GROTIUS den Staat und das Recht wurzeln liess. Aber in letzteren ist der Gemeinschaftszweck nicht zu finden; in einem Werte höherer Ordnung als aus den individuellen Interessen hervorgehen kann, liegt, wie PLATO erkannte, die Bedeutung des Gemeinschaftslebens. Sie liegt in dem geistigen Leben des Menschen, welches ohne Gemeinschaft nie sich hätte offenbaren noch entfalten können, ein geistiges Leben, das wir spüren, wenn in uns die Normen des Guten, des Schönen, des Wahren sich geltend machen und also auf Grund dieser Normen die Welt in und ausser uns beurteilt wird.

Der Zweck der Gemeinschaft liegt in der Entwicklung jenes geistigen Lebens, also in der Realisierung von etwas, das seinen Wert in sich selbst hat und folglich den die Einrichtung der Gemeinschaft bestimmenden Rechtsnormen jenen Imperativcharakter zu verleihen vermag, wodurch das Recht, als eine aus eigner Kraft geltende Gewalt, Herrschaft übt. Wo heutzutage die Rechtsbildung eine bewusste Rechtsproduktion geworden ist und die Ordnung des Gemeinschaftslebens bei einem Gesetzgeber beruht, ist es dessen Aufgabe und Zweck ein Maximum geistigen Lebens, das in einem gegebenen Zeitabschnitt für ein gegebenes Volk möglich ist, zu Tage zu fördern, m. a. W. in der Aushebung und Erweiterung des in einem gegebenen Teile der Menschheit vorrätigen geistigen Fonds liegt die ideale Richtschnur des Gesetzgebers, und ist der Realisierungswert der in den Normen enthaltenen Zwecke von jenem geistigen Inhalte erfüllt, dann können solche Normen auch die ethische Macht besitzen, welche für eine freiwillige Unterordnung unter ihre Gebote erforderlich ist.

Mit dieser Erläuterung der These von dem Subjekt des Rechtswerts möge es sein Bewenden haben. Sie genügt auch um den Rechtsbegriff als ein Wertverhältnis zwischen den in einer Norm enthaltenen konkreten Zwecken und dem Zwecke der Gemeinschaft zu verstehen, in welchem Wertverhältnis bei jeder Rechtsordnung die imperative Natur ihrer Satzungen begründet ist[1]).

21. Die Bildung der Rechtsnormen. Ist das Recht ein Wertverhältnis, dann erhebt sich die Frage: in welcher Weise wird das Wertverhältnis erkannt? Bei dieser Fragestellung besteht keineswegs die Absicht, dem ganzen heutigen Gesetzgebungsprozesse auf den Grund zu gehen, sondern sie umfasst nichts weiter als eine Untersuchung nach der Art und Weise, wie Zwecke zum Inhalt von Rechtsnormen werden, oder anders gesagt, wie die in den einzelnen Rechtsnormen erstrebten Zwecke Realisierungswert bekommen.

Ein grosser Teil der Rechtsbildung ist rein technische Arbeit und besteht in dem Erforschen der zweckmässigsten Normen zur Erzielung einer bestimmten Wirkung, z. B. der Steurung der Trunksucht, Normen die zwar nur durch das Wertverhältnis, worin ihre Zwecke sich befinden, zu Rechtsnormen werden, bei denen jedoch die Prüfung des Rechtswertes selbst nicht im Vordergrund steht.

Die Prüfung und Bestimmung des Rechtswertes aber

---

[1]) Im letzten Kapitel (§ 29) wird der Inhalt des Gemeinschaftszweckes aufs neue ins Auge zu fassen sein, zur Beleuchtung des Gegensatzes des Zweckes des Staates gegenüber dem Zwecke der andern juristischen Personen.

sind es eben, die an dieser Stelle unsre Aufmerksamkeit fordern.

Betrachten wir dazu die bewusste Rechtsproduktion, dann ist es klar, dass der Prozess der Rechtsbildung in einer Abschätzung von Zwecken besteht. Dieses Abschätzen kommt hinaus auf ein Ablegen von Zeugnissen über den Rechtswert; übertreffen die Zeugen *pro* die Zeugen *contra*, entweder an Zahl, oder an Ansehen oder an beiden, dann konstatiert das positive oder negative Resultat das Bestehen oder das Nichtbestehen des in dem fraglichen Rechte enthaltenen Wertverhältnisses. In den konstitutionellen Staaten haben verschiedene Organe bei dieser Schätzungsarbeit zusammenzuwirken. Der König, die Minister, die Mitglieder der Kammern legen jeder den Massstab des Rechtswertes an, und aus diesen Schätzungen bildet die Rechtsordnung das Fazit. Alle genannten sind bei der Abschätzung tätig als Rechtsorgane, welche Qualität aus der Rechtsordnung entlehnt ist. Durch die Verleihung der Qualität von Rechtsorganen erhebt die Rechtsordnung die Rechtsüberzeugung jener Personen zum Massstabe, an welchem der Rechtswert der Zwecke zu prüfen ist, und aus der sich, auf Grund dieser Schätzung, die Norm ergibt.

Indem sie derart an der Rechtsproduktion sich beteiligen, üben sie aber keineswegs ein Befehlsrecht aus, sondern sie bezeugen den Rechtswert von Zwecken und Interessen. Wann und wie aus ihren Zeugnissen die Rechtsnorm geboren wird, bestimmt wiederum die Rechtsordnung selbst. Darum ist es unrichtig zu sagen, dass die als Rechtsorgane fungierenden Personen Recht *machen*; sie *bezeugen* bloss, was nach ihrer Anschauung Recht ist. „Das Recht wird nicht gemacht, sondern

bezeugt." Die Aussagen gelten kraft der Rechtsordnung als *Rechts*aussagen, und das aus diesen Zeugnissen hervorgegangene Recht verdankt seine Gewalt ausschliesslich dem Umstande, dass es *Recht* ist, nie den Personen, die zu seiner Feststellung mitwirkten. Und gerade, weil das Recht, einmal festgestellt, aus eigner Kraft gilt, herrscht mit der Produktion des Rechts die Norm auch über alle, die als Organe bei der Produktion tätig waren [1]). In der älteren Literatur findet man ausführlich

---

1) STAMMLER (Wirthschaft und Recht, 1896, S. 497, 498) bemerkt ganz richtig, dass von einer *rechtlichen* Anordnung nur dann die Rede sein kann, wenn auch der Gebietende selber an das Gebot gebunden ist. „Derjenige, welcher gebietet, muss selber an den Befehl gebunden sein: so lange derselbe für den Unterworfenen besteht, soll er auch für den Gebietenden bestehen, nicht nothwendiger Weise inhaltlich gleich für beide, aber formal alle zwei Parteien gleich verbindend. Die Regel hat hier den Sinn, dass der Gebietende, wenn er nicht mehr gebunden sein will, erst es bewirken muss, dass jener Befehl wieder aufgehoben ist. . . . So hat die Rechtsregel die Eigenschaft der Unverletzbarkeit auch dem sozialen Gewalthaber und dem sie schaffenden Gesetzgeber gegenüber, und diese Qualität des von ihr erhobenen Geltungsanspruches trennt die rechtliche Zwangsregel von der willkürlichen Gewalt." Diese Gedanken stimmen mit der in dem Text vertretenen Auffassung vollkommen überein. Aber während wir die Gebundenheit des Gesetzgebers an dem von ihm erlassenen Rechte begründen durch die Natur des Rechts als ethische Macht, welches seine Geltung in sich selbst besitzt, findet der Verfasser in der Betrachtung des Gesetzgebers, dass er an die von ihm erlassene Norm gebunden sein soll, das Kriterium, dass er eine Rechtsregel angeordnet hat. Was bei mir Folge des Rechtscharakters der Norm ist, wird bei ihm Merkmal dieses Charakters. Die Konsequenz dieser Lehre macht das Recht wiederum abhängig vom Willen des Machthabers. Wenn auch er gebunden sein will, ist das Gebot ein Rechtsgebot. Damit kommt man aber weder theoretisch noch praktisch aus, weil eine Verpflichtung des Unterworfenen zum Gehorsam doch schwerlich von der Absicht des Gesetzgebers, sich auch selbst der gesetzten Norm unterzuordnen, abhängig gemacht werden kann. Es ist gerade diese Verpflichtung zum Gehorsam, welche der Ver-

die Frage erörtert, ob ein neuer König bei seinem Regierungsantritt durch die Handlungen, speziell durch das Recht seines Vorgängers, gebunden sei. Die Frage ist nur dann möglich, wenn man dem König ein Recht auf Gewalt zuschreibt und die Gültigkeit seiner Befehle auf jenem Recht beruhen lässt. In dem Falle wird die Kontinuität der Rechtsordnung jedesmal unterbrochen, und sie ist nur zu retten durch die Annahme einer Art privatrechtlicher Sukzession in der Rechtsdomäne des früheren Königs. Und überall, wo auch heute noch solche persönliche Gewalt vorausgesetzt wird, ist es ein rein privatrechtlicher Gedankengang, der die Kontinuität des Rechts annehmbar zu machen versucht. Hält man sich aber an der unpersönlichen Gewalt des Rechts, sieht man ein, dass die Rechtsbildung bloss in einem Bezeugen des Rechtswerts von Zwecken und Interessen bestehen kann, dass folglich das in dem Recht enthaltene Wertverhältnis nicht willkürlich hineingelegt, sondern gleichsam gefunden und konstatiert worden ist, folglich eine von bestimmten Menschen durchaus unabhängige eigne Gültigkeit besitzt: dann kann zwar die Rechtskontinuität der Organe unterbrochen werden, aber nie ein Rechtsvakuum entstehen, weil die Basis des Rechts nicht ausserhalb, sondern innerhalb des Rechts selbst liegt.

Bei dem Gewohnheitsrecht geht die Rechtsbildung in keiner wesentlich andern Weise vor sich. Das Urteil

---

fasser hier ausser acht lässt. Diese ist nur inhaltlich, nicht formell zu begründen und wurzelt, wie der Verfasser an andrer Stelle sich ausdrückt, in der „souveränen Selbstherrlichkeit" des Rechts, welches Recht aufgedeckt, nicht durch eine irgendwo bestehende Macht geschaffen werden kann.

über den Rechtswert wird in dem Falle aus dem Herkommen der Volksgenossen abgelesen, deren Brauch und Sitten die Zeugnisse sind, welche bei organisierter Rechtsproduktion mündlich gegeben werden. Im Gegensatz zu dem legislatorischen Recht, bei dem es fast immer geschah, ist nie behauptet worden, dass die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts auf einer den Volksgenossen zukommenden Gewalt beruhe; im Gegenteil ist, namentlich von der historischen Schule, hervorgehoben worden, dass, da in den Gewohnheiten das Rechtsbewusstsein sich am unmittelbarsten offenbare, die Bräuche der Volksgenossen die reinsten Rechtszeugnisse darstellten und die verbindende Kraft der daraus abgeleiteten Norm in der Rechtsüberzeugung liege, von denen jene Bräuche erfüllt sein sollen. Und dass auch wirklich die Existenz eines Gewohnheitsrechts einen der kräftigsten Beweise für die selbständige Gültigkeit des Rechts bildet, zeigten wir bereits früher.

Wo geleugnet wird, dass das positive Recht seine verpflichtende Kraft in sich selbst hat, muss notwendig für diese Kraft eine Stütze ausser diesem Recht gesucht werden. Diese Stütze finden die römisch-katholischen Rechtslehrer im Naturrecht, das schliesslich in dem Willen Gottes wurzelt. Aber dieser Gedanke setzt voraus, dass das positive Recht Produkt eines Willens ist, sei es einer Versammlung oder eines Königs. In dieser Voraussetzung liegt der Grundfehler. Nimmt man an, dass die verpflichtende Kraft einer Norm aus irgend einem Willen entspriesst, so ist man genötigt zu fragen, woher dieser Wille die Macht holt, seiner Norm die verpflichtende Kraft beizulegen; und diese Frage führt notwendig zurück auf eine überirdische Macht als *causa finalis*.

Klar tritt dies hervor bei CATHREIN[1]), wo er gegen BERGBOHMS Satz: „Das positive Recht, wenn es dies ist, hat seine Begründung und Rechtfertigung schon in seinem Bestehen"[2]) anführt: „Aber dieses Recht hat doch nicht von Ewigkeit her bestanden, es hat sich auch nicht selbst *à la* Münchhausen an den Haaren aus dem Nichts hervorgezogen, und wir fragen: Wem verdankt es sein Dasein? Wer gab ihm die Kraft, zu verpflichten?" Diese Fragen muss man sich stellen, wenn vorausgesetzt wird, dass das positive Recht seine Kraft irgend einer Autorität entlehnt. Die Legitimation dieser Autorität führt zu einem Regressus, bis wir schliesslich bei dem „Urheber" anlangen. „Wenn jedes Recht", sagt BERGBOHM[3]) ganz richtig, „nicht in reinen Thatsächlichkeiten, physischen und psychischen, seine genügende Stütze findet, so muss man vielleicht auch weiter nach demjenigen Recht forschen, auf welchem das Naturrecht seinerseits ruht u. s. w. Der Atlas trägt den Himmel, die Erde den Atlas — muss die Erde auch wieder getragen sein?" In der katholischen und theologisch-protestantischen Staatslehre wird diese Frage unbedingt bejaht, weil das positive Recht von Menschen *gesetztes* Recht, folglich aus menschlichem Wollen entspriesst und mithin für seine verpflichtende Kraft fordert, dass dieses Wollen ein rechtmässiges Wollen ist. Diese Rechtmässigkeit nun mündet aus in Gott, aber niemals wird es gelingen, eine Übertragung von Gottes Gewalt auf Menschen wissenschaftlich zu begründen; diese Anschauung erhebt

1) Moralphilosophie, 4e Aufl. I S. 496.
2) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, I. S. 400.
3) l. c.

sich nicht über eine religiöse Gesinnung. Und ebensowenig kann aus einem Naturrechte die „rechtmässige Obrigkeit" konstruiert werden, weil die „gesellschaftliche Natur" des Menschen zwar eine Unterordnung unter eine Gewalt fordern kann, nicht aber, dass diese Gewalt mit dem Wollen irgend eines Menschen identisch sei.

Wie nun die Auffassung des positiven Rechts als Willensmanifestation notwendig „Gott" oder die „Natur des Menschen" postuliert als Quelle der rechterzeugenden Kraft eines menschlichen Willens, so führt umgekehrt eine dogmatische „Gotteslehre" oder „Naturrechtslehre" notwendig zur Personifizierung eines Willens, welche die in Gott oder in der Natur des Menschen ihre Quelle habende rechterzeugende Gewalt als „rechtmässige Obrigkeit" ausübt. Vor dem Ausgangspunkt einer dogmatischen Gottes- und Naturrechtslehre, worin man sich a priori gefangen gibt, hat die Wissenschaft zurückzutreten, mit der Bemerkung indessen, dass die Konsequenzen, welche diese aprioristische Auffassung mit sich bringt, wissenschaftlich dann auch keinen Wert haben. Ganz anders aber ist der Fall, wenn der Ausgangspunkt in einem Begriffe des positiven Rechtes als Produkt einer Willensmacht liegt, welche ein Befehlsrecht postuliert, das in einem andern Rechte als in dem positiven Rechte begründet sein soll. Dieses „andere Recht" ist dann das Recht Gottes oder das Naturrecht. Dieser Ausgangspunkt kann wissenschaftlich geprüft werden; hält er dieser Prüfung nicht stand, dann fällt auch das Postulat von einer aus Gott oder der Natur stammenden Obrigkeit.

Mit der ganzen Rechtsgeschichte in offenkundigem Widerspruch steht nun jene Behauptung, dass das posi-

tive Recht ehemals seine Entstehung menschlichem Wollen, in der Weise einer bewussten Produktion von Rechtsnormen, zu verdanken hat. Solche Produktion hat sich nur allmählich entwickelt, und für die Gegenwart ist das Privatrecht grösstenteils noch ein positives Recht dessen Ursprung schwerlich auf obrigkeitliche Satzung zurückgeführt werden kann. Aber auch wenn wir die Rechtsgeschichte beiseite lassen und nur die heutige bewusste Bildung des Rechts ins Auge fassen, ist die Behauptung, dass die verpflichtende Kraft einer Norm Manifestation irgend eines menschlichen Willens sei, eine höchst naive und primitive Anschauung, weil mit dieser Vorstellung die Zwecke der Rechtsnormen irrelevant sind und die verpflichtende Kraft, untrennbar mit dem Urheber verbunden, den Wegfall dieses Urhebers nicht überdauern kann. In dieser naiven Anschauung ist CATHREIN befangen, wenn er die oben zitierte Frage erhebt: „Aber dieses Recht hat doch nicht von Ewigkeit her bestanden, es hat sich auch nicht selbst *à la* Münchhausen an den Haaren aus dem Nichts hervorgezogen, und wir fragen: Wem verdankt es sein Dasein? Wer gab ihm die Kraft, zu verpflichten?" Die erste Frage ist eine rein rechtshistorische, wobei zu bemerken ist, dass die Fragestellung: „*Wem* verdankt es sein Dasein?" irrig eine bewusste Rechtsproduktion von jeher voraussetzt. Die zweite Frage verneint a priori, dass die verpflichtende Kraft im Rechte selbst liegt und setzt ebenso die Notwendigkeit voraus, dass menschlicher Wille dem Rechte seine Weihe verschafft und das Recht eine Manifestation dieses Willens ist. Mit diesem Ausgangspunkt sind aber auch die zwei soeben genannten unhaltbaren Schlussfolgerungen gegeben, nämlich das Irrelevante der

Zwecke und der Wegfall der Kontinuität des Rechts. Ist also die Konstruktion des Entstehens und der Verbindlichkeit des positiven Rechts verfehlt, so kommt auch das Postulat von einer Gott oder dem Naturrecht entlehnten Autorität, welche das Recht schafft, in Wegfall.

Nur der andre oben angedeutete Weg, welcher von einer dogmatischen Gottes- oder Naturrechtslehre ausgeht, führt schnurstracks zu einer ausserhalb des Rechts stehenden Gewalt, welche der Norm verbindende Kraft beizulegen vermag, führt mithin auch zu einer *persönlichen* Gewalt, die im stande ist, Recht zu *schaffen*. Aber damit befinden wir uns, wie bemerkt, nicht mehr auf dem Gebiete der Wissenschaft. Diese Anschauung fusst auf dem Glauben, und wie der Glaube Berge versetzen kann, so ist er auch im stande, die Dinge auf den Kopf zu stellen.

22. Verhältnis der Organe zum Rechtsimperativ. Ist somit die Funktion der Organe bei der Rechtsbildung genügend erläutert, so muss jetzt das Verhältnis dieser Organe zum Rechtswert selbst, zum Rechtsimperativ, also zu demjenigen, was den Zwecken Realisierungswert verschafft, eingehender untersucht werden. Insofern das Gesetz die Rechtsbildung geordnet hat, sind die demgemäss hervorgebrachten Normen Rechtsnormen. Dieses aber, dass nämlich ein durch das positive Recht angewiesenes Organ, kraft seines Charakters als Rechtsorgan, per se *Rechts*normen produziert, ist nicht absolut zu verstehen, weil der Rechtsmassstab nie, auch durch das positive Recht selbst nicht, monopolisiert werden kann. Der Gesetzgeber kann, wie in den Niederlanden, durch ein ingeniöses System von Vor-

schriften, 152 Menschen aus der Bevölkerung auswählen und ihrer Rechtsüberzeugung die Bestimmung des Rechtswertes der Zwecke übertragen, aber der Gesetzgeber hat es nicht in seiner Gewalt, die Rechtsüberzeugung der übrigen Bevölkerung zu paralysieren. An der Rechtsschätzung beteiligen sich tatsächlich, mag der Gesetzgeber es wollen oder nicht, sämtliche Volksgenossen, individuell oder gruppenweise, auch ohne dass ihnen dazu ein Mandat gegeben ist.

Dieser ungeordneten Schätzung entspringt die Kritik der geltenden Rechtsordnung, die eine Schwächung des von dem Gesetzgeber bestimmten Rechtswertes verursachen kann. Und wo solche Schwächung eintritt, kann das durch den Gesetzgeber festgestellte Recht sich, kraft der Stütze des durch die Rechtsordnung zu seiner Handhabung organisierten Zwangsapparats, zwar noch eine Weile behaupten, aber wenn die Rechtsüberzeugung der Volksgenossen in breiteren Kreisen von dem bei dem Erlassen der Gesetze angelegten Rechtsmassstabe abweicht, muss es schliesslich unterliegen. Namentlich wenn der Richter, der, bei Rechtsungewissheit, das Recht in concreto zu bestimmen hat, unter den Einfluss der divergierenden Rechtsüberzeugung gerät, wird das gesetzliche Recht nicht mehr oder in verändertem, dem Rechtsmassstabe oder den Rechtsbedürfnissen der Volksgenossen besser entsprechendem Sinne angewendet. Dem geschriebenen Gesetz entschwindet dann allmählich die Verbindlichkeit; schliesslich entsinkt ihm das Leben, in einem Wort: der Rechtscharakter.

Die Verbindlichkeit der Normen unsrer Gesetze hat niemand in seiner Gewalt. Es verhält sich damit, wie mit dem Bau eines Hauses. So wie kein Baumeister ihm

eine solche Festigkeit geben kann, ohne den Naturgesetzen Rechnung zu tragen, auf deren Wirkung der Zusammenhang der Teile beruht, so kann auch kein Gesetzgeber, kraft seines Titels als Rechtsproduzent, willkürliches Recht produzieren; die Norm, die er erlässt, muss, um Rechtsnorm zu sein, ihren verbindenden Charakter einer Quelle entnehmen, die kein Gesetzgeber beherrschen kann, nämlich der Rechtsüberzeugung der Volksgenossen. Passt er sich dieser nicht an, so baut er in der Luft. Um demnach von dem Gesetzgeber, als Rechtsorgan, wirklich geltendes Recht festgestellt zu bekommen, ist es nötig, das jener Teil der Rechtsordnung, welcher die Organisation des Rechtsorgans enthält, ein Organ konstruiert oder angewiesen habe, das mit dem Rechtsurteil der Volksgenossen, insofern solches Urteil ausfindig zu machen ist, stete Fühlung zu behalten versteht. Verliert es die Fühlung und weiss das Organ die Rechtsbedürfnisse des Volkes nicht zu befriedigen, dann bröckelt allmählich die Autorität dieses Organs ab, bis es sich nur noch nominell an der Rechtsbildung beteiligt. Das ist der Fall mit dem Königtum in den parlamentarisch regierten Ländern gewesen, wo der König realiter seine Stellung als Rechtsorgan eingebüsst hat und dieselbe dem Parlament hat einräumen müssen. Und weil von der Art und der Zusammensetzung des Rechtsorgans die Vollwertigkeit des Rechts abhängt, richten die Revolutionen sich vorzugsweise gegen die Regierungsform, selten gegen andre Teile der Rechtsordnung. Als im Jahre 1813 Wilhelm I, nach dem Umsturz der damaligen für die Rechtsbildung bestehenden Organisation, in den Niederlanden zur Regierung kam, fand er den Titel für seine Gewalt in der Tatsache,

dass er mehr als andere, und mehr als die weichende Obrigkeit, für die Rechtsbildung das geeignete Organ war. Und was damals stattfand, was in unserm Lande auch schon im Jahre 1581 geschehen war, was sich in allen Ländern zu verschiedenen Zeiten ereignet hat, das deutet hin auf den einzigen Titel, der König, Parlament oder Volksversammlung auf die Dauer zu Rechtsorganen zu stempeln vermag: die Tatsache, dass sie die zuverlässigen Dolmetscher des in der Nation lebendigen Rechtsbewusstseins sind. Aber keins von den dreien darf auf den Titel des natürlichen Rechtsorgans für alle Zeit Anspruch erheben. Bei barbarischen oder halb zivilisierten Völkern mag ein König ein weit besseres Organ sein, als eine Volksversammlung oder Vertretung. Die Möglichkeit ist sogar keineswegs ausgeschlossen, dass das Königtum auch in parlamentarisch regierten Ländern, wo es einstweilen seiner Stellung als Rechtsorgan verlustig gegangen ist, plötzlich wieder zum Institut wird, bei dem man Rettung sucht. Jetzt sind es in den Kulturländern die Parlamente, welche als Rechtsorgane fungieren; aber ist es so gewiss, dass sie im stande sein und bleiben werden, das Rechtsbewusstsein des Volks, das sie zu vertreten heissen, als eine lebendige Kraft in Gesetze umzusetzen? Ist der Mechanismus des Repräsentativsystems, wie er in den meisten Ländern zusammengesetzt ist, fähig, aus der Gemeinschaft jene geistigen Kräfte hervorzurufen, die das produzierte Recht zu einer sittlichen Gewalt erheben, welche als solche von dem Volk empfunden wird? Oder ist das System durch Parteigetriebe verdorben, verdorben durch eine irregeführte öffentliche Meinung, verdorben durch Klasseninteressen, so dass das Parlament — weitentfernt von

dem, was es sein sollte: die Stelle, wo das Herz des Landes schlägt — eine Schaustellung wird von Myriaden der sich gegenseitig aus Eigennutz, zur Erringung gesetzlichen Schutzes, stützenden Interessen?

Die Antwort auf die Frage, welches Organ sich am besten für die Rechtsbildung eines Volkes eignet, wird durch den Kulturzustand dieses Volkes bedingt, d. h. durch seinen geistigen und intellektuellen Besitz. Wo solcher in hinreichender Weise in allen Schichten und Gliederungen der Bevölkerung angetroffen wird, dort kann man sagen, das Volk selbst sei das natürliche Rechtsorgan, weil dann die Rechtsüberzeugungen des Volks nicht auf ungeordneten Wegen zur Herrschaft gebracht zu werden brauchen. Nimmermehr aber darf man sich dabei auf den Standpunkt der Volkssouveränität stellen. Nicht nur, weil das Volk, um als Einheit aufzutreten, einer Organisation bedarf, welche es nicht hat, sondern auch weil ihm, wenn es diese hätte, doch noch das Befehlsrecht fehlen würde. Auch das Volk kann, wenn es die Rechtsbildung in eignen Händen hat, nur Organ sein, d. h. nur durch Ablegen von Zeugnis über das, was als Recht zu gelten hat, tätig sein zur Bildung des Rechts, welches eine Geltung aus eigner Kraft beanspruchen kann.

Mit dieser Funktion liegt dann aber in den Händen des Volks oder seiner Vertretung die Rechtsbildung nur nach ihrer *ethischen* Seite. Die *technische* Seite der Rechtsbildung, das Erforschen der zur Erreichung eines bestimmten Zweckes passenden Normen, wird und muss immer die Aufgabe einzelner bleiben, weil dies eine Übung und eine Geschicklichkeit voraussetzt, welche nur einer kleinen erlesenen Schar zu teil werden.

Überall, wo das konstitutionelle System sich zu einem parlamentarischen ausgebildet hat, ist die Trennung der beiden Prozesse, worin die Rechtsbildung zerfällt, nämlich die Bestimmung des Rechtswerts der Zwecke (der ethische Prozess) und das Ermitteln der zu realisierenden konkreten Zwecke (der technische Prozess) längst durchgeführt. Die Volksvertretung ist, wenigstens wenn sie die im Volke lebendigen Rechtsüberzeugungen repräsentiert, die Posaune des nationalen Rechtsbewusstseins; sie verkörpert den Massstab, der den Normen den Rechtscharakter verleiht. Die Regierung, die der Volksvertretung Verantwortung schuldende und von ihrem Geist durchdrungene Behörde, erledigt den technischen Teil der Rechtsbildung.

In dieser Weise hat die Praxis die Lehre der Schule des Naturrechts mit der Lehre der historischen Schule, wenigstens der Hauptsache nach, versöhnt. Erstere legte den Schwerpunkt auf zweckbewusste Rechtsbildung, eine Tätigkeit, zu welcher nur die Begabtesten des Volks herangezogen werden sollen, weil das Erforschen der zweckmässigsten Normen eminente Veranlagung voraussetzt. Diese Schule versucht der Schwierigkeit zu begegnen durch die Entwicklung des sogenannten Naturrechts, in welchem die Normen gleichsam fix und fertig ausgearbeitet lagen und von der Obrigkeit bloss nachgeschrieben zu werden brauchten. Das wurde die Schwäche dieser Schule. Die Obrigkeit reglementierte ins Blaue hinein, ohne Fühlung zu nehmen mit des Volks lebendiger Rechtsüberzeugung, und die Gesetze blieben vielfach wirkungslos, weil ihnen die bindende Kraft fehlte. Den bindenden Charakter der Rechtsnormen hingegen betonte die historische Schule, den innigen Zusammen-

hang zwischen Recht und den Rechtsüberzeugungen des Volks darlegend, und den Schluss ziehend, dass Anpassung an dessen Rechtsbewusstsein notwendig ist, um den Normen die bindende Gewalt der Rechtsnormen zu verschaffen. Die historische Schule stützte sich aber für die Rechtsbildung ausschliesslich auf dieses Rechtsbewusstsein des Volks und führte die ganze Rechtsbildung auf eine instinktive Wirkung dieses Bewusstseins zurück, das sich am reinsten und unmittelbarsten im Gewohnheitsrecht offenbart. Für eine zielbewusste Produktion des Rechts, wie sie heutzutage durch die Gesetzgebung in der Regel stattfindet, war in dem Gedankengang dieser Schule kein Raum.

Unter Vermeidung der Schwächen dieser beiden Schulen und unter Benutzung des guten Kerns, den jede derselben enthält, ermöglicht das konstitutionelle System, in den parlamentarisch regierten Ländern, eine Rechtsbildung, wobei die Technik bei wenigen, aber die Kontrolle und die Prüfung der Rechtsnormen bei dem Parlament beruht, in welchem die Rechtsüberzeugungen des Volks ihr Organ haben, so dass dort bewusste Rechtsbildung mit möglichster Anpassung an das nationale Rechtsbewusstsein zusammengeht.

Resümierend dürfen wir also sagen, dass die von dem Gesetzgeber festgestellten Normen Rechtsnormen sind, weil der Gesetzgeber als Rechtsorgan von der Rechtsordnung anerkannt ist. Aber die diese Anerkennung enthaltende Rechtsordnung verdankt ihre bindende Gewalt nur der Übereinstimmung ihrer Regeln mit den Rechtsüberzeugungen des Volks. Verliert sie diesen Grund, dann wird ein andres oder ein modifiziertes Organ die Stelle des bestehenden Rechtsorgans einneh-

men, nötigenfalls mit Umstürzung des positiven Rechts, aus welchem das fungierende Rechtsorgan hervorgegangen ist. Wer aber auch als Rechtsorgan auftreten mag, ein Befehlsrecht erhält er dadurch nicht, weil nicht *er* den Normen, die er erlässt, bindende Gewalt verleiht, sondern die imperative Natur jener Normen aus ihrem Rechtscharakter, der ausser ihm steht, hervorgeht.

Darum kann der Gesetzgeber die Rechtsbildung auch nicht monopolisieren. Manchmal hat ein Gesetzgeber zwar dieses Machtwort gesprochen[1]), aber wesentliche Bedeutung hat es nie gehabt, weil das Rechtsbewusstsein des Volks, sobald das gesetzliche Recht ihm nicht mehr entspricht, sich im andrer Weise äussert. Die im Rechtsbewusstsein der Volksgenossen tätige geistige Macht kann durch eines Menschen Wort nicht entkräftet werden. Sie untergräbt, wo sie nicht formell durchbrechen kann, und der Wille des Gesetzgebers, auf Pergament gemalt oder in steinerne Tafeln eingegraben, wird, wie die Geschichte aller Zeiten beweist, zum leeren Schall, wenn er nicht wiederklingt in der Seele der Menschen. Und

---

[1]) z. B. in den Artikeln 3 und 5 des Niederländischen Gesetzes: „Algemeene bepalingen der wetgeving van het Koningrijk", dieselbe Materie ungefähr enthaltend als die „Titre préliminaire" des „Code civil". Art. 3 sagt: die Gewohnheit ist nur Rechtsquelle, wo das Gesetz dahin verweist; und art. 5 erklärt, dass ein Gesetz nur durch ein späteres Gesetz ausser Kraft gesetzt werden kann. In der Lehre der Rechtssouveränität ist es lächerlich, dass die eine Rechtsquelle sich die andere unterordnet. Die Artikel passen aber genau zu der Lehre der Staatssouveränität, welche die bindende Kraft des Rechts vom Staate ableitet. Das Gesetz, als Willensäusserung des Staates, dessen Macht dem Rechte bindende Kraft beilegt, ist dadurch im stande zu bestimmen, welchen Normen die Eigenschaft von Rechtsnormen zukommt und dass ein Gesetz nur durch ein späteres Gesetz kraftlos wird.

umgekehrt: wenn diese Seele sich in Handlungen, in Taten, kurz in Gewohnheiten offenbart, donnert die Rechtsüberzeugung ihr Jubeo in die Ohren des Richters, dem Anathema zum Trotz, das der Gesetzgeber über das Gewohnheitsrecht verhängt haben mag.

23. Mehrheit von Rechtsgemeinschaften und ihre Ordnung untereinander. Die ordnende Gewalt des Rechts vermittelt zwischen Menschen den Zusammenhang, der sie zu einer Gemeinschaft erhebt. Die ganze Menschheit bildet aber nicht eine einzige Gemeinschaft, sondern sie zerfällt in verschiedene Gemeinschaften. Weil der Grund der Gemeinschaft in dem Rechte liegt, kann von einer besonderen Gemeinschaft nur da die Rede sein, wo den Normen ein eigner Wert zu Grunde liegt.

Ein solcher selbständiger Rechtswert offenbart sich heutzutage in der Regel dadurch, dass für eine Gesamtheit von Menschen ein einziger Gesetzgeber, ein und dasselbe Rechtsorgan angetroffen wird. Denken wir uns eine territorial bestimmte Menschengruppe, so bildet diese eine eigne Gemeinschaft, wenn es für die Ordnung ihres Zusammenlebens ein Organ gibt, das die Befugnis hat, den Zweck der Gemeinschaft nach eignem Ermessen zu verwirklichen. Wir betonten schon früher, dass die Wirkung des Zwecks sich in dem Anlegen eines Massstabes äussert, an dem der Rechtswert der Interessen geprüft wird. Sobald also ein Organ einen Massstab nach eignem Ermessen handhabt, bilden die Menschen, deren Interessen mit diesem Massstabe gemessen werden, eine eigne selbständige Gemeinschaft. Es ist gewiss wünschenswert, dass ein durch ein solches Organ vereinigter Teil der Menschheit auch noch durch andre

Bande in geistigem Zusammenhang stehe, z. B. dass er dieselbe Nationalität besitze; aber es ist sehr gut möglich — und in Österreich finden wir dafür ein Beispiel — dass Völker verschiedener Nationalität zu einer Gemeinschaft verbunden sind, was der Fall ist, wenn ein für ihre Gesamtheit tätiges Rechtsorgan funktioniert. Sind aber die Unterschiede der Nationalität tief und schroff, dann kann ein solches Rechtsorgan für die Rechtsproduktion wenig fruchtbar sein, wie wiederum Österreich beweist. Im wesentlichen beschränkt sich daher dort die Rechtsbildung auch auf das Bestimmen des Rechtswertes für eine Anzahl öffentlicher, den verschiedenen Völkern gemeinsamer Interessen.

Unentbehrlich hingegen ist ein enger Zusammenhang mit dem übrigen geistigen Leben in den Fällen, wo für die Rechtsbildung kein Organ funktioniert und die Gemeinschaft also zum grössten Teil auf *gewohnheitsrechtlichem* Grunde beruht. Dann muss, sollen aus der unorganisierten Wirkung des Rechtsbewusstseins Rechtsnormen erzeugt werden können, der Rechtswert mit andern normativen Werten in einem einigermassen *homogenen* Leben seine Wurzeln haben. Wahrscheinlich ist dies ursprünglich wohl der Fall gewesen in allen Gemeinschaften, in welche die Menschheit sich gespalten hat. HUXLEY[1]) setzt sogar voraus, dass das erste geordnete menschliche Zusammenleben in einem dem Gruppenleben der Bienen ähnlichen, natürlichen organischen Verhältnisse zu finden gewesen sei. Wie dem auch sei, gewiss war das geistige Leben der Menschen im Anfang wenig differenziert und gab es noch keine Trennung der ethi-

---

[1]) Evolution and Ethics, 1895, S. 26.

schen Werte. Einen solchen Zusammenhang hat es auch bei den germanischen Stämmen gegeben, welche, jeder für sich, Gemeinschaften bildeten, ohne dass diese auf der Tatsache eines eignen Rechtsorgans beruhten, wenn auch in späterer Zeit die Volksversammlung diese Funktion erfüllt hat. Dort war die Gemeinschaft Blutsgemeinschaft, aus welcher ein eignes Leben hervorwuchs, sich offenbarend in Sitten, Recht, Religion, Moral, die, aufs engste verknüpft, gerade dadurch eine Kraft entfalteten, die hinreichte um Zusammenhang und Ordnung darzustellen und ohne organisierten Zwang aufrecht zu erhalten.

Gemeinschaften, wie diese, in denen das geltende Recht lediglich geistiger Besitz der Volksgenossen ist, haben für unsere Untersuchung keine Bedeutung, eine einzige ausgenommen, die nämlich, welche durch das internationale Recht bedingt wird. Die Kulturvölker bilden zusammen eine Gemeinschaft, deren Ordnung zum grossen Teil auf gewohnheitsrechtlichem Wege vor sich geht. Und nur die Kulturvölker bilden eine Gemeinschaft, denn bei den übrigen ist der Rechtsmassstab zu verschieden, um eine Basis für eine gemeinschaftliche Ordnung abgeben zu können. Bei den Kulturvölkern aber gibt es ein gemeinschaftliches, geistiges Niveau, das sich auch in einem allgemein anerkannten Rechtsmassstab zu offenbaren vermag. Dem aus dieser internationalen Gemeinschaft entspriessenden Recht fehlt jedoch ein eignes Organ. Die Ordnung ist, wie gesagt, fast ganz gewohnheitsrechtlich, besonders in Bezug auf jenen Teil des internationalen Rechts, der das Völkerrecht umfasst. In diesem Punkte befinden wir uns noch in dem Zustande, worin ursprünglich jede Gemeinschaft

verkehrte, dass nämlich sowohl die Rechtsordnung selbst als ihre Handhabung bloss auf der unorganisierten Wirkung des Rechtsbewusstseins der jeweilig zu der Gemeinschaft gehörenden Individuen beruhte.

Die verschiedenen Gemeinschaften, deren Zusammenhang also entweder in der Identität des Rechtsorgans, oder lediglich in dem gemeinsamen Rechtsbewusstsein der Zusammengehörigen besteht, durchkreuzen sich nun auf mancherlei Art. Deshalb muss es auch zwischen den Gemeinschaften eine Ordnung geben, um Zusammenstössen vorzubeugen. Die Beispiele möglicher Konflikte kann man mit Händen greifen. Wenn eine Kommunalbehörde über den Verkehr auf den innerhalb der Gemeindegrenzen liegenden Wegen Verfügungen getroffen hat, und die Provinzialbehörde reguliert die nämliche Materie, aber in andrer Weise, für das Gebiet der Provinz, welche jene Gemeinde umschliesst, welche Rechtsnormen prävalieren in diesem Falle in der Gemeinde? Dieselbe Frage kann man stellen, wenn Verfügungen einer Deichbehörde, wenn die Bestimmungen eines Gezetzes mit provinzialen oder kommunalen Satzungen konkurrieren, oder, um noch höher zu steigen, wenn internationales Recht mit nationalem in Widerspruch gerät.

Ziemlich allgemein wird angenommen, dass internationales Recht über nationales gehe, nationales über provinziales, provinziales über kommunales. Man darf dies jedoch nicht so verstehen, als gäbe es in Wirklichkeit für den Rechtswert eine Hierarchie, als wäre der Rechtswert der grösseren Gemeinschaft ein höherer als der Rechtswert der in ihr enthaltenen kleineren Gemeinschaft. Wenn man von höherem und niederem Recht

spricht, so ist das überhaupt eine Metapher, wie auch der Ausdruck „kassieren" von einem Erlass oder einem Urteil nur figürlich zu verstehen ist. Denn für jede Gemeinschaft gibt der zu erreichende Zweck den *gleichen*, idealen Massstab, nach welchem die Bejahung, resp. Verneinung des Rechtswerts zu geschehen hat: *in dem Subjekt des Rechtswerts gibt es keinen Rechtsunterschied.*

Wenn das so ist, so muss die Ordnung der verschiedenen Gemeinschaften zu einander durch Regulierung der *Objekte* des Rechtswerts erzielt werden, so liegt m. a. W. die Ordnung der Gemeinschaften zu einander *in den Interessen*, deren Rechtswert sie zu bestimmen haben. Bei jeder Gemeinschaft hat man sich zu fragen: auf welche Interessen erstreckt sich die ihr obliegende Rechtssorge? Mit diesem Kriterium als Ausgangspunkt kann man den Zusammenhang zwischen den Gemeinschaften untereinander am einfachsten angeben. Aus der Fragestellung geht bereits hervor, dass es eine Kompetenzfrage betrifft und dass diese Kompetenzfrage eine Rechtsangelegenheit ist. Mit der Einsetzung eines Rechtsorgans (um vorläufig bloss von Gemeinschaften mit organisierter Rechtsproduktion zu reden), wird zu gleicher Zeit auch dessen Kompetenz durch das Recht bestimmt. Gibt er für dasselbe Interesse — das Verkehrsinteresse z. B. — mehr als ein Rechtsorgan, greift folglich ein solches Interesse in die Sphären mehrerer Gemeinschaften hinüber, dann hat das Recht zu bestimmen, welche Satzungen, im Konfliktsfalle, die Oberhand haben sollen. Durch diese Bestimmung wird keineswegs den Normen der einen Gemeinschaft ein Mehrwert über die der andern verliehen, sondern die Kompetenz des einen Organs hört auf, sobald das andre, kraft der

seinigen, eine Ordnung erlassen hat, und infolgedessen wird auch der jenem Interesse durch ersteres Organ zuerkannte Rechtswert hinfällig. Wo sowohl das Rechtsorgan der Provinz, als das Rechtsorgan der Gemeinde berechtigt ist, die Wegepolizei zu regulieren, und beide, kraft dieses Rechtes, Vorschriften gegeben haben, hängt es von dem positiven Gesetze ab, ob in einem bestimmten Falle die provinzialen oder die kommunalen Normen gelten sollen. Eine Notwendigkeit, den einen vor den andern den Vorrang zu verleihen, liegt nicht vor. Dies zu betonen ist nicht überflüssig, weil wir uns in die Auffassung hineingelebt haben, dass provinziale Satzungen die kommunalen aufheben. Dass aber auch das Umgekehrte statthaft sein kann, lehrt die früher in Deutschland herrschende Regel: „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemein-Recht", die SAVIGNY in dieser Weise emendirt: „Zwischen mehreren einander untergeordneten Rechten gilt die einfache Regel, dass stets dasjenige Recht in der Anwendung den Vorzug hat, welchem der beschränkteste Umfang der Geltung zuzuschreiben ist[1])." Bei inhaltlich zusammentreffenden Kompetenzen muss demnach ausdrücklich festgestellt werden, in welcher Reihenfolge die Normen rechtsgültig sind. Wird das unterlassen, so hat weder die provinziale Verordnung per se den Vorrang vor der kommunalen, noch auch die kommunale vor der provinzialen. Im Konfliktsfalle ist dann das Datum massgebend, so dass die jüngste Satzung prävaliert. Aber diese Prävalenz verdankt sie wiederum nicht einem höhern Rechtswert, sondern der aus der Gleichheit aller Rechtswerte

---

1) System des heutigen Römischen Rechts VIII S. 22.

folgenden Regel, dass das durch das zuständige Organ festgestellte spätere Recht die Gültigkeit des älteren aufhebt.

Mit der Organisation von Gemeinde und Provinz zu Gemeinschaften ist für gewisse Interessen ein eignes Rechtsorgan konstituiert. Die Rechtsordnung, welche dieses konstituierte, ist durch das Rechtsorgan der das gesamte niederländische Gebiet umfassenden Gemeinschaft dargestellt, durch das Rechtsorgan also, das wir vorzugsweise mit dem Namen „Gesetzgeber" anzudeuten pflegen. Die Kompetenz des letzteren dazu ergibt sich ebenfalls aus der Rechtsordnung, einer Rechtsordnung aber, die er — der Gesetzgeber — aber auch nur er allein abändern kann. M. a. W.: In dem Gesetzgeber haben wir ein Organ, dessen Zusammensetzung, Wirkungsweise und Kompetenz (letztere aber, wie wir später sehen werden, nur zum Teil) in einer Rechtsordnung begründet sind, die nur durch eine aus dem nämlichen Organe hervorgehende neue Rechtsbildung modifiziert werden kann. Dieses Organ besitzt also eine Selbständigkeit, welche den Rechtsorganen der Gemeinde und der Provinz fehlt, denn letztere vermögen nicht, etwas an der ihre Zusammensetzung, Wirkungsweise und Kompetenz bestimmenden Rechtsordnung zu ändern, sondern das ist ausschliesslich dem Gesetzgeber vorbehalten. Eine soweit gehende Kompetenz, wie sie dem niederländischen Gesetzgeber zukommt, folgt aus der Befugnis, den Rechtswert *aller* innerhalb des niederländischen Gebiets enthaltenen Gemeinschaftsinteressen zu bestimmen.

Von dieser Befugnis kann der Gesetzgeber auf zweierlei Weise Gebrauch machen: *entweder* indem er für ter-

ritorial begrenzte oder, wie bei Deichkollegien, objektiv bestimmte Gruppen eigne Rechtsorgane bildet, folglich *indirekt* seine Aufgabe löst, *oder* indem er sie *direkt* selbst erfüllt. Zwischen beiden Arten, in denen den Gemeinschaftsinteressen Rechtsversorgung zu teil wird, besteht also nur ein Unterschied der Form.

Ist das richtig, so folgt daraus unmittelbar erstens, dass auch die Rechtsorgane der Provinz und der Gemeinde die Rechtsversorgung der ihnen anvertrauten Interessen in beiden Formen bewerkstelligen können, wofern ihnen die Wahl zwischen beiden nicht ausdrücklich versagt ist. Das heisst also: das Recht zur Delegation ist in der Aufgabe eines Rechtsorgans schon einbegriffen. Delegation ist also weiter nichts als eine Form der Versorgung von Gemeinschaftsinteressen. In dem System der Autonomie delegiert der Gesetzgeber; aber auch ohne Anwendung dieses Systems, d. h. ohne Konstituierung neuer Gemeinschaften, kann die Rechtsbildung in grösserem oder kleinerem Umfang andern Organen übertragen werden, indem ja solche Übertragung nur eine der Formen ist, in welchen die Rechtsversorgung sich äussern kann. Deshalb muss, soll eine Delegation unstatthaft sein, es eine sie positiv verbietende Bestimmung geben, sonst ergibt sich die Berechtigung dazu unmittelbar aus der Aufgabe der Rechtsversorgung.

Zweitens folgt aus der doppelten Form, in der die Rechtsversorgung stattfinden kann, die natürliche Erklärung des Vorrangs, der dem nationalen Recht sowohl vor dem provinzialen als vor dem kommunalen Recht eigentümlich ist, ohne dass derselbe ihm erst, wie das für das Verhältnis zwischen provinzialem und kommu-

nalem Recht erforderlich ist, durch ein Gesetz zugesprochen zu werden braucht. Die Prävalenz ergibt sich aus der Tatsache, dass die dem Rechtsorgane der Provinz oder der Gemeinde verliehene Befugnis, bestimmten Interessen Rechtswert zuzuerkennen, dem nationalen Rechte selbst entnommen ist, demnach jene Befugnis hinfällig wird, sobald und insofern das Organ des nationalen Rechts sie aufhebt; was entweder direkt dadurch geschehen kann, dass der Autonomie die Rechtsversorgung gewisser Interessen entzogen wird, oder indirekt dadurch, dass der Gesetzgeber selbst den Rechtswert bestimmter, sonst der Autonomie überlassener Interessen ordnet. Tut er letzteres, so nimmt er partiell die durch die Verleihung der Autonomie vollzogene Delegation zurück, und er wählt für die ihm obliegende Rechtsversorgung die andre Form.

Der dem nationalen Recht gebührende Vorrang beruht also auch in diesem Gedankengang nicht auf einem Mehrwert des einen Rechts vor dem andern, sondern er ist einfach die Folge des Hinfälligwerdens der Kompetenz des einen Organs, sobald das andre Organ die seinige gelten lässt, wodurch der durch ersteres bestimmte Rechtswert ebenfalls erlischt.

Nicht anders verhält es sich mit der Prävalenz des internationalen Rechts vor dem nationalen. Das ist aber nicht zu erklären, ohne dass zuvor das Wesen des Staates untersucht worden ist. Deshalb kann dieser Teil des Problems von dem sogenannten Vorrang des einen Rechts vor dem andern erst im folgenden Kapitel erörtert werden.

Vorher haben wir die Lehre von der Rechtssouveränität noch weiter zu erforschen und dazu zunächst zu

betrachten, wie die Handhabung des Rechts durch Zwang sich dieser Lehre einfügt.

24. Handhabung des Rechts durch Zwang. Die imperative Natur der Rechtsnorm liegt in dem Verhältnis, in dem der in der Norm enthaltene konkrete Zweck zu dem Zwecke der Gemeinschaft sich befindet. Dieses Verhältnis ist ein Wertverhältnis, das den Rechtswert entstehen lässt. Um Gehorsam zu finden, muss aber die Rechtsnorm in das Bewusstsein des einzelnen aufgenommen werden. Dort begegnet sie unterdessen zahlreichen andern Zweckvorstellungen, was zur Folge haben kann, dass ihre Kraft durch den Realisierungswert andrer Zwecke neutralisiert wird und man ihr also nicht nachlebt. Auf die blosse Wirkung des Rechtsimperativs in dem individuellen Bewusstsein darf darum die Rechtsordnung es nicht ankommen lassen. Zwar wird die freiwillige Unterordnung unter eine Norm desto grösser sein, je besser deren Inhalt den in der Masse des Volks lebendigen Moralitätsprinzipien entspricht, zwar bietet solche Harmonie die beste Gewährleistung für deren dauerhafte Befolgung, aber dem Recht genügt das noch nicht. Auf die Innehaltung der Rechtsnormen beruht die Gemeinschaft, und weil die Gemeinschaft, durch welche Ordnung sie auch bestimmt wird, eine unbedingte Notwendigkeit ist, ohne welche jedes auch das niedrigste Kulturleben unmöglich wird, so kann nicht dem individuellen Ermessen anheimgestellt werden, ob man den Normen Folge leisten soll oder nicht, sondern fordert das Recht für deren Durchsetzung Zwang. Ursprünglich ist die Anwendung von Zwang ein unmittelbarer Ausfluss des zuerkannten Rechts, mithin dem einzelnen oder dem

Stamme, dessen Angehöriger er ist, überlassen. An die Stelle solcher Selbsthilfe tritt jedoch schon bald eine Organisation, welche die Zwangsanwendung übernimmt und schliesslich, ausser dem Falle der Notlage, monopolisiert. Dieser Zwangsapparat, heutzutage in Magistratur, Polizei, Heer wiederzufinden, erhält seine Zusammensetzung und Kompetenz aus dem *Recht*, das ihm seine Pflichten vorschreibt und ihn an Instruktionen bindet, die sich auf die Erfüllung seiner Aufgabe beziehen. Die Garantie für die Erfüllung der Rechtspflichten dieser Organe kann selbstverständlich nicht wiederum durch einen weiteren Rechtsapparat erreicht werden; sie ist teilweise in ausserhalb des Rechts liegenden Faktoren zu suchen, z. B. in Belohnungen für bewiesene Dienste, wie Sold, Beförderung, Ehren, teilweise aber, wie bei der Armee, ist es wesentlich nur das Pflichtgefühl, das den Gehorsam bedingt.

Aus dem Obigen ergibt sich demnach, dass nicht nur die sich bei der zwangsweisen Handhabung des Rechts geltend machende Gewalt, Rechtsgewalt ist, insofern der einem Interesse zuerkannte Rechtswert die Rechtmässigkeit der zwangsweisen Handhabung voraussetzt, sondern auch, dass die Ausübung von Zwang zu diesem Zwecke durch die Organe des Staates die Erfüllung einer *Rechts*pflicht ist; dass man also sagen kann, *das Recht handhabe sich selbst*, was dann wiederum die selbständige Geltung des Rechts zum Ausdruck bringt.

Nicht weniger als die Produktion des Rechts ist dessen Handhabung Aufgabe der Rechtsordnung, und weder für die Produktion noch für die Handhabung gibt es eine andre Gewalt als einzig und allein das Recht.

25. Autonome (Rechts-) oder heteronome (Staats-) Gewalt. Für das Recht gilt also das Prinzip der Autonomie, nicht das der Heteronomie, wie es in der Lehre von der Staatssouveränitat zu Tage tritt, da diese Lehre die Gewalt des Rechts aus einer dem Staate ursprünglich eignen Gewalt herleitet, oder doch für die Handhabung des Rechts einer nicht aus dem Recht hergeleiteten Autorität des Staates bedarf. Der Gegensatz zwischen Rechts- und Staatssouveränität ist damit gleicher Art, wie der zwischen autonomer und heteronomer Moral in der Ethik. Dort wird der Grund für das sittliche Handeln *entweder* in einer Gewalt gesucht, welche die Normen der Moral vorschreibt und denselben durch diesen Akt Verbindlichkeit verleiht (Heteronomie), *oder* in dem sittlichen Bewusstsein des Menschen (Autonomie), wobei dann in dem Werte eines in uns wirkenden Zweckes die Gewalt des Sittlichen begründet ist[1]).

Die Lehre von der Rechtssouveränität steht auf dem Boden der Autonomie. Die Verbindlichkeit des Rechts findet sie im Rechtsbewusstsein des Menschen, das wiederum Ergebnis eines Zwecks (nämlich des Gemeinschaftszweckes) ist, der Realisierungswert hat und diesen Wert offenbart in den Schätzungen, denen wir faktisch die Gemeinschaftsinteressen der Menschen unterziehen. Die Verbindlichkeit der Rechtsnormen ergibt sich aus der Tatsache, dass sie *Rechts*normen sind; m. a. W. das Recht besitzt wie die Norm der (autonomen) Moral von Haus aus eine imperative Natur; Verbindlichkeit braucht ihm nicht erst von aussen her

---

[1]) KÜLPE: Einleitung in die Philosophie, 2e Aufl., 1898, S. 227. WUNDT, Ethik, 3e Aufl., 1903, S. 5. ff., 163.

verliehen zu werden, könnte ihm übrigens auch nicht verschafft werden, weil eine andere Gewaltsquelle überhaupt nicht existiert. Hieraus folgt aber auch, dass ein bindender Befehl nur durch *Rechts*produktion gegeben werden kann. Legt man die Rechtsverwirklichung in die Hände einer beliebigen Person, dann erhält diese damit zu gleicher Zeit das Befehlsrecht, aber immer in dem Sinne, dass der Befehl, der erteilt wird, Sequel des Rechts ist welches sie produziert. Das Befehlsrecht hat sie nicht getrennt, derart, dass eine Norm das eine Mal verbindlich, das andre Mal unverbindlich gemacht werden könnte. Mit der von ihr produzierten Norm wird entweder geboten oder verboten, aber es kann nicht, nach ihrem Belieben, geboten und verboten oder nicht geboten und verboten werden. In dem Recht und zwar in dem Recht allein liegt die Gewalt; und umgekehrt: eine Gehorsamspflicht kann nur durch das Recht begründet werden.

Dieser jedesmal wiederkehrende Schluss von der selbständigen Gültigkeit und der Souveränität des Rechts, der, wie wir früher sahen, in Theorie und Praxis wiederholt stillschweigend mehr oder weniger akzeptiert worden ist, wird bisweilen auch in der Literatur offen ausgesprochen. JELLINEK[1]) tut es einmal mit den Worten: „Der letzte Grund alles Rechts liegt in der nicht weiter ableitbaren Überzeugung seiner Giltigkeit, seiner normativen, motivirenden Kraft." Aber am ausführlichsten und treffendsten geschieht es durch STAHL in seiner „Rechtslehre". Wo dieser die Entstehung des Rechts

---

[1]) Allgemeine Staatslehre, S. 334.

und die Rechtsquellen behandelt, sagt er[1]: „Das Recht hat wie die Moral den Grund seiner bindenden Kraft absolut in ihm selbst, nur hat es ihn seiner eigentümlichen Natur gemäss nicht bloss in seiner Idee, sondern zugleich in seinem äussern Bestande". Das Recht ist eine sittliche Macht und das Ansehen des Gesetzgebers kann denn auch nur hierauf beruhen, „dass er Organ des Rechts und (Repräsentant) seiner Macht über der Nation ist". Mit diesen Aussagen steht STAHL durchaus auf dem Boden der Lehre von der Rechtssouveränität. Und auch dort ist unser Gedankengang bei ihm wieder zu finden, wo er über die Beziehung des Rechts als sittliche Macht zu dem, was er, im Anschluss an die historische Schule, die „nationale Überzeugung" oder das „Volksbewusstsein" nennt, sich folgendermassen äussert: „Die nationale Überzeugung ist . . . . allerdings die Quelle für den bestimmten Inhalt des Rechts und das nothwendige Mittel, durch das es zu seiner äussern, objectiven Existenz gelangt." Die Lehre der Gottessouveränität, zu der STAHL sich bekennt, zwingt ihn dennoch, für das Recht das Prinzip der Heteronomie anzunehmen. „Keine sittliche Macht", sagt er „ist ohne ein lebendiges Subjekt möglich", und darum hat das Recht seinen „letzten" Grund „in einer höheren Ordnung der sittlichen Welt, und diese ist nichts anders, als das Gebot des lebendigen persönlichen Gottes"[2]. Das ist ihm aber auch der „letzte" Grund. Denn dem angeführten Satze schickt er wiederum das Thema von der autonomen Kraft des Rechts voraus, indem er sagt:

---

[1]) l. c. S. 240.
[2]) l. c. S. 241, 244.

„Unmittelbar hat das Recht seinen Inhalt aus dem nationalen Bewusstsein und *sein Ansehen in ihm selbst*".

Noch in einer andern Beziehung redet STAHL der Lehre von der Rechtssouveränität das Wort. An einigen Stellen seiner „Staatslehre" wird nämlich die dualistische Gewalt von Recht und Staat, der er übrigens zugetan ist, dadurch aufgehoben, dass er die Gewalt des Staates auf die des Rechts zurückführt. „Der Rechtsgrund des Staates", schreibt er [1], „ist keineswegs in der göttlichen Vollmacht zu suchen; diesen hat der Staat in sich selbst, weil er eben die realisierte Rechtsordnung ist". Deshalb ist auch die Frage: „Auf welchem Rechtsgrunde beruht der Staat" im Grunde dieselbe Frage wie die „Auf welchem Grunde beruht das Recht" [2]. Der Ausdruck: der Staat ist die realisierte Rechtsordnung, ein Ausdruck, den wir auch bei LASSON [3] wiederfinden, wird durch VAN IDSINGA [4] bespöttelt, und es liegt darin auch gewiss etwas Sonderbares, wenn man in dem Staate eine Person, ein Rechtssubjekt erblicken will. Wenn man sich aber die früher erwähnte und auch bei VAN IDSINGA vorkommende Gleichstellung der Begriffe Staat und Gewalt vergegenwärtigt, dann erhält der Ausdruck eine in die Lehre von der Rechtssouveränität vollkommen passende Bedeutung. Sind nämlich Staat und Gewalt identisch und wird vom Staate ausgesagt, dass er die realisierte Rechtsordnung ist, so liegt sämtliche Gewalt im Recht, also genau so wie diese Lehre es verkündigt.

---

1) l. c. S. 182.

2) l. c. S. 172.

3) System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 313.

4) De administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie, 1896, S. 196, n. 1, 197, n. 5 und passim.

26. Übereinstimmung und Gegensatz der Rechts-, Gottes- und Volkssouveränität. Solche Äusserungen führen zu der Frage, in welchem Verhältnis die Lehren von der Rechts- und von der Staatssouveränität zu einander stehen. In letzterer Lehre wird die Gewalt des Staates als ein Gegebenes poniert und die Souveränität des Staates, die sich, wie wir sahen, im Grunde als eine persönliche Obrigkeitsgewalt herausgestellt hat, auf dem Dogma der Gottes- oder dem Dogma der Volkssouveränität aufgebaut, sodass der Gegensatz zwischen Rechts- und Staatssouveränität den Gegensatz zwischen Rechts-, Gottes- und Volkssouveränität umfasst. Unsere letzte Frage lautet demnach: Wie verhalten sich diese drei Lehren zu einander?

Ganz unversöhnbar steht die Lehre von der Souveränität des Rechts den beiden andern nicht gegenüber.

Die Lehre von der Gottessouveränität weist auf eine ihre Kraft nicht menschlichem Wollen verdankende Gewalt, poniert also Ähnliches wie die Lehre von der Rechtssouveränität, dass nämlich dem Recht eine (aus eigner Kraft geltende) Gewalt innewohnt, die ihre Herrschaft nicht menschlichem Wollen entlehnt, sondern im Gegenteil das Handeln und Wollen der Menschen als sich untergeordnet betrachtet. Jedoch: die Gottessouveränität denkt sich jene Gewalt auf unzugänglichen Höhen und fordert, anstatt der Erkenntnis der sittlichen Gewalt des Rechts, den Glauben an eine persönliche Gottesgewalt, welche die Obrigkeit von Gottes Gnaden auszuüben berechtigt ist. Die sittliche Gewalt des Rechts nun kann jeder Mensch erkennen — aber der Glaube, auf dem die Lehre von der Gottessouveränität beruhen muss, ist nicht allen eigen. Ein staatsrechtliches System

dieser Art steht demnach auf einem Boden, auf welchem nicht alle Volksgenossen sich begegnen können und birgt in seinem Schosse den Kern der uralten konfessionellen Unterdrückung mit ihrer unheilvollen Verketzerung derer, die sich nicht unter das Joch einer unanfechtbaren Dogmatik zu beugen vermögen.

Die Lehre von der Volkssouveränität, welche die Gewalt aus eben den Elementen herleitet, die sich ihr zu unterwerfen haben, steht zu der Lehre von der Gottessouveränität im schroffsten Gegensatz und findet auch in der Lehre von der Rechtssouveränität Widerspruch. Jedoch stimmt sie darin mit der zuletztgenannten Lehre überein, dass nur das Volk, wenn auch nicht durch sein Wollen und Handeln, so doch durch sein sich in seinem Rechtsbewusstsein manifestierendes geistiges Leben dem Rechte verbindliche Kraft verleihen kann. In dem Gedankengang der Lehre von der Gottessouveränität übt das Recht, als Wille der Obrigkeit, eine dem Volke fremde, eine ausserhalb des Volkes liegende Gewalt aus, und das Absolute und Unkontrollierbare dieses Rechts tritt am schärfsten hervor, wenn die Obrigkeit es aus einer vermeintlichen Offenbarung Gottes zu schöpfen anfängt und aus solcher Quelle — wie ihrer Zeit die Schule des Naturrechts aus der menschlichen Natur — ewige, unabänderliche Normen holt.

Darum liegt in der Lehre von der Gottessouveränität dieselbe Gefahr, die die Schule des Naturrechts in sich barg — die Gefahr, dass der Gesellschaft Normen aufgezwungen werden, die ihr Leben beengen und es in ein Joch von Prinzipien zwängen, für welche niemand verantwortlich gemacht werden kann noch darf. Vor allem aber beruht das Bedenkliche der Lehre von der

Souveränität Gottes auf demselben Grundfehler, der auch der Lehre von der Volkssouveränität anhaftet, dem Gedanken nämlich, dass das Recht ein Erzeugnis der Gewalt sei. Die Gewalt, mag sie nun als von Gott stammend oder als aus dem Volke hervorgegangen gedacht werden, bleibt ein Artikel des Glaubens, welcher Glaube um so stärker ist, je mehr er an Innerlichkeit einbüsst. Und da hier die Innerlichkeit durchaus fehlt, weil Gewalt, wie hoch sie auch thront oder aus welchen Tiefen sie auch emporsteigt, doch nur höchstens Ursache kann sein dass der Mensch sich bückt, nie aber sein Pflichtbewusstsein wach zu rufen vermag, und dadurch ihn lehrt sich freiwillig zu fügen, lebt in beiden Schulen noch immerfort das böse Prinzip der Unfreiheit: dass Macht vor Recht gehe. Diesem Gedanken steht die Lehre von der Rechtssouveränität unversöhnlich gegenüber, weil sie sich weigert eine andre Gewalt anzuerkennen als eine aus dem Recht hervorgegangene, und im Hochhalten dieser Gewalt das Prinzip der Freiheit zu erblicken glaubt.

27. Die Idee des Rechtsstaates. Diese Erkenntnis hat die Idee des *Rechtsstaates* erzeugt. Mit der Gründung des konstitutionellen Systems bricht diese Idee nur bis zu der These durch, dass das Recht, wie STAHL es an der bekannten Stelle[1]) ausdrückt „die Bahnen und Grenzen der Wirksamkeit des Staates, wie die freie Sphäre seiner Bürger genau bestimmen und unverbrüchlich sichern soll". Das Recht wird geahnt als eine Gewalt gegenüber der Gewalt des Staates; der Dualismus wird also empfunden. Dem Rechte wird aber vorläufig nur die Macht

1) Staatslehre S. 132.

eingeräumt, die Gewalt des Staates einzuschränken, zu zähmen und zu begrenzen, m. a. W. den Gebrauch der Staatsgewalt zu regulieren, keineswegs wird aber noch daran gedacht, die Gewalt des Rechts an die Stelle der Staatsgewalt treten zu lassen. Je grösser aber die Rechtsproduktion zur Erfüllung der Verwaltungsaufgabe des Staates wird, desto mehr bricht sich allmählich — ohne dass man sich noch von jenem Dualismus lossagt — eine breitere Auffassung der Idee des Rechtsstaates Bahn, eine Auffassung, welche die Gewalt des Staates möglichst durch die Gewalt des Rechts zu ersetzen und das natürliche Gewaltsverhältnis zwischen Obrigkeit und Untertan zu einem rechtlichen Verhältnis zu erheben bestrebt ist. OTTO MAYER drückt diese Strömung am klarsten aus, wenn er am Schluss seiner Betrachtungen über den Rechtsstaat sagt: „Er (der Staat) soll *möglichst viel* sein Gesetz verwenden, um Rechtssätze für die Verwaltung zu schaffen, *möglichst viel* seine Verwaltungsakte, um den Einzelfall in rechtlich gebundener Weise zu bestimmen [1]". Und anderswo [2] „In dieses (das Verhältnis zwischen Staat und Untertan) soll durch das Verwaltungsgesetz Recht und Rechtsordnung gebracht werden." Als Ziel wird also gesetzt: Vergrösserung der Rechtsgewalt in dem Sinne, dass der Staat in Verwaltungsangelegenheiten *möglichst viel* kraft des Gesetzes auftrete, wodurch auch auf diesem Gebiete Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Untertan möglich sind [3]).

---

1) Deutsches Verwaltungsrecht, 1895, I S. 66. Über die Bedeutung, in welcher der Verfasser das Wort „Verwaltungsakt" gebraucht, siehe daselbst einige Seiten vorher.

2) l. c. S. 86.

3) Die Idee einer Umwandlung von Machtverhältnissen in Rechtsver-

Jetzt gilt es nur noch den letzten Schritt zu tun und die Idee des Rechtstaats ganz durchzuführen. Das geschieht indem man die Lehre von der Rechtssouveränität akzeptiert. Dadurch ist der Dualismus der Gewalt aufgehoben; die Staatsgewalt als eine dem Staate eigne ursprüngliche Gewalt verschwindet; das Recht ist die einzige Gewaltsquelle, und für den Staat sowohl wie für jede andre Person die einzige Grundlage, auf der Ansprüche und Befugnisse zulässig sind.

Dann gibt es, ausser den rechtlich geordneten Beziehungen zwischen Staat und Untertan, für die Obrigkeit keine Macht mehr, kraft der sie in die Freiheit der einzelnen einzugreifen vermag. Das Recht begrenzt und beschränkt dann nicht länger eine von aussen stammende Gewalt; es wandelt auch nicht ein Machtsverhältnis in ein Rechtsverhältnis um; sondern das Recht erzeugt das Machtsverhältnis. Dadurch wird die Idee, welche wir in der Theorie und in der Praxis immer

verhältnisse findet sich auch bei GIERKE (ALTHUSIUS, 2. Aufl. S. 318) wo er sagt: „allein die höchste Macht scheint uns Sicherung und Vollendung erst dadurch zu empfangen, dass sie vom Recht zum Rechtsverhältniss gestempelt wird". Eine dem Staat ureigene Macht scheint auch bei GIERKE der Ausgangspunkt zu sein. Jedoch auch für das Recht vindiziert er eine selbständige, nicht vom Staate abgeleitete, Macht, sodass er sich zum Gewaltsdualismus bekennt. Mit der Behauptung der Selbständigkeit des Rechts steht er aber ganz auf dem Boden der Lehre der Rechtssouveränität; mithin stimme ich ihm vollständig bei, wo er a. a. O. sagt: „allein so wenig der Staat, wie irgend eine andere menschliche Macht gelten uns als Schöpfer des Rechts. Denn das Recht kann, da es der Inbegriff äusserer Normen für freie Willen ist, seiner Substanz nach nicht selbst Wille sein: wo der Wille den Willen normirt, ergibt sich mit logischer Nothwendigkeit immer nur der Begriff der Macht! Soll es nicht bloss für diesen und jenen Willen, sondern für den Willen an sich eine bindende äussere Norm geben, so kann dieselbe nur in einer dem Willen gegenüber selbständigen geistigen Kraft wurzeln".

mehr durchschimmern sahen, dass nämlich der Staat als Rechtssubjekt und sein Verhältnis zu den Bürgern als Rechtsverhältnis aufzufassen ist, erst folgerichtig zum Abschluss gebracht. Die Idee des Rechtsstaates gelangt damit zur vollsten Entfaltung. Der Glaube an eine faktische, persönliche Gewalt, zu welchem man sich Jahrhunderte hindurch bekannt hat und für den man die Titel in einem vermeintlichen göttlichen Ursprung oder in einem vermeintlichen Volkswillen gesucht hat, muss schliesslich der Herrschaft der unpersönlichen Gewalt des Rechts das Feld räumen.

Dieser Übergang vollzieht sich unter dem Banner des Rechtsstaats, dessen Grundidee ringt mit dem alten historischen Begriff der Gewalt, der in den Begriffen Staat und Obrigkeit enthalten war. Wir sahen wie man bemüht gewesen ist dem Dualismus zu entkommen durch das Zurückführen jeglicher Gewalt, auch der Gewalt des Rechts, auf die Staatsgewalt, und wie diese Doktrin, welche die Idee des Rechtsstaats in das Herz trifft, von niemanden mehr konsequent akzeptiert wird. Indem man hingegen jegliche Gewalt, auch die Staatsgewalt, zurückführt auf das Recht, verhilft man dem modernen Gedanken der unpersönlichen Gewalt zum Sieg. Mit ihm triumphiert der Rechtsstaat, in dessen Namen der Kreuzzug gegen ein persönliches Recht auf Gewalt, gegen die Identifizierung der Begriffe Gewalt und Staat unternommen worden ist und durch die Anerkennung der Lehre von der Souveränität des Rechts zu Ende geführt wird.

Wenn aber damit der Staat die eigne Gewalt entbehren muss, worin besteht dann sein Wesen?

Mit der Beantwortung dieser Frage beschäftigt sich unser Schlusskapitel.

SECHSTES KAPITEL.

DER STAAT.

28. Die Persönlichkeit des Staates. Das moderne Staatsrecht hat die Kategorie der juristischen Persönlichkeit auch auf den Staat angewendet. Ist der Staat Rechtsperson, dann ist damit sofort zweierlei deutlich zum Ausdruck gebracht. Erstens: dass die Rechte, welche die Obrigkeitspersonen ausüben, nicht *ihre* Rechte sind, sondern Rechte der juristischen Person: Staat, als dessen Organe sie tätig sind. Als solche machen sie die Rechte des Staates geltend, als solche erfüllen sie die Verpflichtungen, welche die Rechtsordnung dem Staat auferlegt hat. Zweitens: dass der Staat als Rechtsperson zu den Rechtssubjekten gehört. Zwischen dem Staat und andern — natürlichen oder juristischen — Personen können also Rechtsbeziehungen bestehen, sind aber juristisch andere Beziehungen als Rechtsbeziehungen nicht möglich..

Diese Rechtsverhältnisse sind von denen, worin sonstige Personen zu einander geraten können, ihrer Art nach durchaus nicht verschieden. Selbstverständlich bedingt das vielseitige Leben des Staates Rechtsbeziehungen, wie sie bei andern nicht vorkommen können, aber welchen Zwecken der Staat auch nachstreben mag, Rechte dritten gegenüber erwirbt er genau auf

dieselbe Weise wie jeder andre, und in ihrem Charakter stimmen diese Rechte mit denen, welche auch andre Rechtssubjekte haben können, durchaus überein.

Zunächst haben wir uns jetzt mit dem Wesen einer juristischen Person zu befassen.

Die Realität dieses Begriffes wird noch immer bezweifelt, wenn auch, je mehr die Idee des Rechtsstaates durchdringt und damit die Lehre von der Rechtssouveränität die Oberhand gewinnt, die *Persönlichkeit* des Staates, worin seine Eigenschaft als Rechtssubjekt begründet ist, immer weniger Gegner findet. Hauptsächlich bleiben das die Anhänger der Lehre, welche die Obrigkeitsgewalt als ein bestimmten Personen zukommendes Befehlsrecht betrachten. In Deutschland sind es, wie wir bereits sahen, namentlich SEYDEL und BORNHAK; in den Niederlanden hat DE SAVORNIN LOHMAN sich daran ergötzt, die „unsichtbare" Persönlichkeit des Staates ins Lächerliche zu ziehen[1]). Insofern die Verneinung der Persönlichkeit des Staates mit dem im vorigen Kapitel besprochenen Gegensatz zwischen persönlicher und unpersönlicher Gewalt zusammenhängt, brauchen wir darauf nicht wieder einzugehen; insofern aber die *Realität* des Begriffs bestritten wird, muss diese hier bewiesen werden. Auf eine kritische Besprechung der ungeheuren auf die Feststellung des Begriffs der juristischen Person verwendeten Arbeit brauchen wir uns

---

[1]) Vortrag über „Volk en Overheid", 1893, S. 5 ff, 19, 20. Seine Umschau in der deutschen Literatur nach den Staatsbegriff schliesst er übrigens mit der auch m. E. richtigen Bemerkung, dass vom Staate eigentlich nichts anderes mit Sicherheit als bekannt erscheint als seine unwiderstehliche und allumfassende *Macht*.

aber nicht einzulassen; für unsern Zweck genügt es, die Realität dieser Rechtskategorie darzutun.

Ein Hauptbedenken lässt sich dahin resümieren, dass von Wollen und Handeln zutreffend nur bei physischen Individuen die Rede sein könne und dass, wenn vom Staate oder von irgend einer andern juristischen Person ausgesagt wird, dass solche Person etwas will oder etwas tut, dies nur eine juristische Konstruktionsform ohne reellen Hintergrund, also eine blosse Fiktion sei[1]).

Denen, die in dieser Weise der Wirklichkeit Recht widerfahren zu lassen glauben, ist zu entgegnen, dass sie vergessen zwischen den physischen und psychischen Funktionen einerseits und dem Zwecke, zu dessen Verwirklichung jene Funktionen in Tätigkeit gesetzt werden, zu unterscheiden. Sonnenklar ist es, dass erstere nur durch Menschen verrichtet werden können; auch dass dazu nur Menschen befähigt sind, die sich einen gewissen Grad von Bildung angeeignet haben; darüber brauchen wir kein Wort zu verlieren. Aber mit solchen seichten Wahrheiten wird der Kern der Frage nicht berührt. Jedes Handeln und jedes Wollen ist zweckrealisierende Tätigkeit; das physische und psychische bewusste Leben des Menschen dient Zwecken und wird durch Zwecke in Bewegung gesetzt und gelenkt. Dem

---

[1]) Neuerdings hat DUGUIT (Études de droit public I, L'Etat, 1901) wiederum die Realität der Persönlichkeit des Staates verneint. Resümierend sagt er nämlich: „On ne trouvera pas autre chose, dans une société étatique quelle qu'elle soit, que les volontés individuelles des gouvernants et les volontés individuelles des gouvernés" (S. 242). Ähnliche Gedanken äussern z. B. HÄNEL (Deutsches Staatsrecht, 1892, S. 96 ff) und LINGG (Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, 1890, I, IV u. V); der letztere glaubt damit auf „empirischem" Boden zu stehen.

entsprechend müsste obiger Einwand: „nur der einzelne kann etwas wollen und etwas tun" wohl bedeuten, nicht nur, dass die physische und psychische Tätigkeiten vom einzelnen ausgehen, sondern auch dass die Zwecke, deren Erfüllung mit jenen Tätigkeiten beabsichtigt wird, zu den Interessen *desselben* Individuums gehören. Dann aber würde man erst recht mit der Wirklichkeit in Widerspruch geraten. Denn unzählige Male wird etwas gewollt und getan zur Realisierung von Zwecken, die bloss für andre Leute Interesse haben. In solchen Fällen wird also das physische und psychische Leben des Individuums, entweder aus freiem Entschluss oder durch Rechtspflicht, Zwecken dienstbar gemacht, die nicht die seinigen sind; dann erhebt sich die Frage, wer das Subjekt jener Tätigkeiten ist, derjenige, welcher agiert, oder derjenige, dessen Zwecke verwirklicht werden? Diese Frage zu beantworten ist aber nicht schwer.

Tritt ein Vormund in seiner Eigenschaft als solcher auf, dann ist der Unmündige darum Subjekt der vormundlichen Tätigkeit, weil die dieser Tätigkeit zu Grunde liegenden Zwecke zur Interessensphäre des Mündels gehören. In dem nämlichen Sinne nun, wie es von dem Minorennen heissen kann, dass er will und handelt, insofern aus seinen Interessen die Zwecke abgeleitet werden, welche der Vormund durch seine physischen und psychischen Funktionen realisiert, in genau demselben Sinne ist das Wollen und Tun bei juristischen Personen zu verstehen. Die Schwierigkeit, welche in der Lehre von den juristischen Personen überwunden werden muss, liegt keineswegs im Zurückführen von Willen und Tat des einzelnen auf Wille und Tat der Rechtsperson, sondern im Bestimmen der Subjektivität der Rechtsperson.

In dem Falle des Minorennen gibt es eine natürliche Subjektivität, d. h. dort ist von Haus aus eine Einheit des Zweckes gegeben, der das Tun und Wollen des Vormundes erfüllt, so dass, wenn die Verwirklichungswerte sämtlicher konkreten durch den Vormund mittelst seines Tuns und Wollens realisierten Zwecke der Subjektivität des Unmündigen entlehnt sind, letzterer das Subjekt jenes Tuns und Wollens ist.

Aber bei den juristischen Personen fehlt eben eine solche Subjektivität. Dort kennen wir gewöhnlich nur den konkreten Zweck, der dann meistens für die Rechtsperson den Namen hergibt, z. B. die Pflege der Armen einer bestimmten Konfession, die Hebung des Fremdenverkehrs in einer bestimmten Gegend, die Gründung eines Vereins für einen bestimmten Kreis, das Treiben eines Handels in bestimmten Ländern oder mit bestimmten Waren. Auch wissen wir, dass es immer eine bestimmte Anzahl Personen gibt, zu deren Gunsten diese Zwecke verwirklicht werden; zu gleicher Zeit aber steht fest, dass der Verwirklichungswert der Zwecke den Interessen jener individuellen Personen *nicht* entlehnt ist. Das ergibt sich erstens hieraus, dass die individuellen Mitglieder fortwährend wechseln können, ohne dass die Stiftung oder die Korporation dadurch beeinträchtigt wird; zweitens aus der Tatsache, dass für die Verwirklichung des Zwecks der juristischen Person das Interesse der individuellen Mitglieder nicht entscheidend ist, wie es der Fall sein müsste, wenn (wie z. B. bei einem Geschäft unter einer Firma) der Verwirklichungswert des Zweckes den Interessen der individuellen Mitglieder entlehnt wäre. Die Subjektivität der juristischen Person ist demnach durchaus nicht identisch mit der

Subjektivität der natürlichen Personen, zu deren Gunsten sie operiert. Dennoch ist das Problem jener Subjektivität nur dadurch zu lösen, dass man von der natürlichen Person ausgeht.

Untersuchen wir bei der natürlichen Person die Struktur der Subjektivität, so zeigt sich, wie bereits in einem früheren Kapitel hervorgehoben wurde, dass in derselben eine Vielheit zu einer Einheit verbunden ist. Von Haus aus ist mit jedem Menschen ein unbegrenztes Quantum Strebungen seines physischen und psychischen Lebens gegeben, aus denen die unendliche Mannigfaltigkeit seiner Bedürfnisse entspringt. Das blosse Vorhandensein eines Bedürfnisses entscheidet keineswegs über dessen Befriedigung. Für die Befriedigung der Bedürfnisse gibt es eine Ordnung; folglich ist ein andres Interesse, als das durch das Bedürfnis sich äussernde Interesse, für die Befriedigung oder die Nichtbefriedigung massgebend. Dieses andere Interesse, dem sämtliche physischen und psychischen Strebungen untergeordnet sind, bedingt die Einheit des Individuums, gestaltet es zu einer Subjektivität.

Welches Interesse dies ist, das ist schwer zu formulieren; wir wissen nur mit Bestimmtheit, dass ein gewisser Zweck in uns tätig ist, dessen Verwirklichung den Massstab liefert für die Befriedigung oder Nichtbefriedigung unserer Bedürfnisse. Wir — oder andere für uns — ordnen die Bedürfnisbefriedigung, treffen eine Wahl, und in dieser Ordnung und in dieser Wahl offenbart sich ein Interesse, ein zu realisierender Zweck, worin die Einheit und die Subjektivität unsres Wesens liegt. Gedacht ohne diesen Zweck, dem die Befriedigung seiner Bedürfnisse untergeordnet ist, erscheint der Mensch

nicht als Einheit sondern als Vielheit, und wäre er sovielmal Subjekt, als er Bedürfnisse hat die nach Befriedigung drängen.

Das Recht nun knüpft nicht an die Vielheit, sondern an die Einheit an. Der Rechtswert des Menschen wird anerkannt nicht aus dem Grunde, dass er Bedürfnisse hat — was bei jedem organischen Wesen wahrzunehmen ist — sondern aus dem Grunde der Subjektivität, worin seine Einheit wurzelt. Diese Subjektivität, geistig ihrer Natur nach, ist es, welche den Menschen, und zwar jeden Menschen, Rechtssubjekt sein lässt. Um dieser Subjektivität willen hat jeder Mensch Rechtswert, der in einem zu seinen Gunsten angewiesenen Quantum Güter und Leistungen seinen Ausdruck findet.

Subjekt nun des Tuns und Wollens, sei es eignen Tuns und Wollens, sei es des Tuns und Wollens andrer an seiner Statt, ist der Mensch, insofern der Inhalt jenes Tuns nnd Wollens seiner Subjektivität entlehnt ist — und dies ist der Fall, wenn die Zwecke, die mit dem Tun und Wollen realisiert werden sollen, ihren Verwirklichungswert aus seiner Subjektivität erhalten. Insofern also diese Subjektivität zweckrealisierendes Tun und Wollen veranlasst — gleichviel ob durch ihn selbst oder durch andere (Eltern, Vormund, Kurator) — darf man sagen, dass es sein Tun und sein Wille ist. Nicht also die Organe, welche die Tat vollziehen oder den Beschluss fassen (und somit über die Befriedigung des Bedürfnisses und den Grad der Befriedigung desselben entscheiden), sind die Subjekte, sondern Subjekte sind diejenigen, deren Subjektivität von den Organen bei ihrer Tat und ihrem Beschluss zum Massstab genommen wurde.

Im Hinblick auf diese Struktur der natürlichen Person

wollen wir versuchen, die Struktur der Rechtsperson zu ergründen.

Bei der Rechtsperson fällt zuerst der Zweck auf, ein Zweck, der sich als die Befriedigung irgend eines Bedürfnisses der Menschen erkennen lässt. Der Wert, den die Befriedigung dieses Bedürfnisses hat, ist nicht aus der Subjektivität bestimmter natürlicher Personen entnommen, sodass ein die Subjektivität bestimmter Individuen zum Massstab habendes Wollen und Tun die Verwirklichung des Zweckes nicht beeinflussen kann. Die Verwirklichung besitzt Selbständigkeit. Selbständigkeit kann sie aber nur besitzen, wenn ein *andres* Interesse als das des Individuums jenem Zwecke zu Grunde liegt, die Verwirklichung also nicht abhängt von dem Werte, den er für die Subjektivität irgend eines Individuums hat. Folglich haben wir bei den juristischen Person zu suchen nach jenem andern, neuen Interesse, das mit den Interessen des Individuums nicht zusammenfällt. Wird jenem neuen Interesse Rechtswert beigelegt, so funktioniert neben den natürlichen Personen eine neue Rechtssubjektivität, die, wie die Subjektivität der natürlichen Personen, Selbständigkeit besitzt[1]).

---

[1]) Ein der juristischen Person ähnliches Verhältnis zeigt sich bei den Organen, welche zur Willensbildung bestimmt sind. Auch hier sind natürliche nnd Rechtsorgane zu unterscheiden. Die Konstruktion der Rechtsorgane, wie z. B. die Kammern der Volksvertretung, ist ebenso nicht ohne Schwierigkeiten, denn es handelt sich hier um die Frage, wie aus den individuellen Wertzeugnissen der Mitglieder ein selbständiger Willensinhalt zu stande kommt. Wie ist m. a. W. die Subjektivität des Kammerbeschlusses zu konstruieren? Sie ist mit der Subjektivität der inhaltlich gleichen Aussagen der einzelnen Mitglieder nicht identisch, wird jedoch aus diesen zusammengesetzt. Eine spezielle Untersuchung dieses Rechtsgebildes fehlt zur Zeit noch.

Um jenes neue Interesse kennen zu lernen, haben wir im Auge zu behalten, dass bei der Bedürfnisbefriedigung, wozu die Rechtsperson da ist, mehr oder weniger bestimmte natürliche Personen rechtlich beteiligt sind, d. h. solche, deren Bedürfnisse durch die Erreichung des Zwecks speziell befriedigt werden sollen. Der Kreis dieser Personen kann weit oder eng sein. Weit ist er, wenn es gleichgültig ist, zu wessen Gunsten das bestimmte Bedürfnis befriedigt wird, wie z. B. im Falle einer Rechtsperson zur Errichtung und Erhaltung eines Denkmals, zur Verschönerung einer Gegend, u. s. w. Dann besteht der Kreis aus einer unbeschränkten Anzahl Personen. Eng hingegen ist er, wenn die Zahl der Destinatären innerhalb bestimmter Grenzen liegt, wie z. B. wenn der Zweck in der Armenpflege bei einer bestimmten Konfession an einem bestimmten Ort, oder in der Leitung eines Vereins für den geselligen Verkehr einer bestimmten Gesellschaft besteht.

Grundlage nun für die Verwirklichung des Zwecks der juristischen Person ist *das Interesse dieses Kreises, dieser Gemeinschaft*, der Gemeinschaft also, die durch den Zweck der juristischen Person gebildet wurde. *Dieses Gemeinschaftsinteresse begründet die Subjektivität der Rechtsperson*: es ist ein andres Interesse, als das der Destinatäre; weder für die Realisierung des Zweckes selbst, noch für die Art und Weise wie derselbe zu realisieren ist, ist die Subjektivität der natürlichen Personen entscheidend; ihre Interessen sind dem Interesse der durch den Zweck bestimmten Gemeinschaft untergeordnet.

Wir finden also bei der juristischen Person, wie bei der natürlichen, eine Einheit und eine Vielheit. Die Vielheit bei ersterer besteht aus einer Anzahl subjektiv

verschiedener Interessen und zwar aus sovielen, als Personen zum Kreise der Destinatäre gehören, während die Einheit durch das Gemeinschaftsinteresse gebildet wird, dem die Versorgung der individuellen Interessen untergeordnet ist. Bei der natürlichen Person liegt die Vielheit in einer Anzahl objektiv verschiedener Interessen und zwar in sovielen, als zu befriedigende Bedürfnisse in ihr vorhanden sind, während die Einheit in dem einheitlichen Zwecke der natürlichen Subjektivität liegt und dieser sich offenbart in einem über die Befriedigung der Bedürfnisse entscheidenden Interesse. Und wie bei der natürlichen Person das Vorhandensein eines Bedürfnisses dessen Befriedigung durchaus noch nicht bedingt, sondern jedes partielle Interesse dem Interesse der Einheit untergeordnet ist: ebensowenig ist bei der Rechtsperson das Interesse der als Mitglied zum Kreise der Destinatäre gehörenden natürlichen Person, Grundlage und Massstab für die Realisierung des Zweckes, sondern gibt ein andres Interesse, das Interesse der Gemeinschaft, dafür den Durchschlag.

Die Struktur ist also eine ähnliche. Bei der natürlichen Person bilden sämtliche Strebungen des physischen und psychischen Lebens des Menschen, aus denen die unendliche Mannigfaltigkeit seiner Bedürfnisse entspriesst, eine natürliche Gemeinschaft in dem mit dem Menschen gegebenen Zweck, nach welchem Zwecke die Verwirklichung jener Strebungen, die Befriedigung seiner Bedürfnisse, bestimmt wird. Bei der Rechtsperson sehen wir ebenfalls eine Gemeinschaft, jetzt Menschen, nach einer oder nach mehreren Seiten ihrer Interessen, umfassend, welche Gemeinschaft ebenfalls in der Einheit eines Zweckes wurzelt, dessen Realisierungswert nicht auf dem

individuellen Interesse der Mitglieder, sondern auf dem Interesse der Gemeinschaft, dem die individuellen Interessen untergeordnet sind, beruht. Von dem Standpunkte jenes Gemeinschaftsinteresses aus wird die Verwirklichung des Zwecks der Rechtsperson reguliert, folglich auch entschieden inwiefern jene Verwirklichung jedem der (heutigen oder zukünftigen) Mitglieder zu gute kommen wird.

Das heisst m. a. W.: Mit jeder Rechtsperson ist ein neuer Wertmesser gegeben, der sich mit dem Wertmassstab der Subjektivität der natürlichen Person nicht deckt. Mit dem Augenblicke, wo die Rechtsordnung diesen neuen Massstab sanktioniert — was von Fall zu Fall oder auch, wenn die zu erfüllenden Bedingungen bekannt gegeben sind, ein für allemal geschehen kann — ist die neue Rechtssubjektivität entstanden.

Wenden wir nun die Kategorie „juristische Person" auf den Staat an, dann wird damit zu verstehen gegeben, dass in dem mit dem Staate gegebenen Zwecke Menschen zu einer Gemeinschaft vereinigt sind, und dass dadurch ein neues Wertsubjekt und infolgedessen auch ein neues Rechtssubjekt funktioniert.

29. Der Zweck des Staates. Der Zweck des Staates — der Grund jeglichen Wollens und Tuns, das in seinem Namen stattfindet — scheint ausserordentlich schwierig anzugeben zu sein, wenn man sieht wie verschieden die Staatsaufgabe bestimmt wird. Dennoch ist nur durch Berücksichtigung der verschiedenen Verrichtungen, die der Staat vollzogen hat und vollzieht, Aufschluss über den Zweck des Staates zu erhalten. Die Theorien nun, welche sich mit der Ermittelung dieses Zwecks beschäftigen,

um die Grenzen der Staatstätigkeit bestimmen zu können, lassen wir dahingestellt, denn wir suchen keine Antwort auf die Frage, ob und inwiefern Staatsenthaltung oder Staatseinmischung dem allgemeinen Interesse förderlich ist, sondern wir forschen nach dem Zwecke des Staates, der die Erfüllung der Aufgabe ermöglicht, welche in der Vergangenheit, der Gegenwart und der Zukunft auf den Schultern des Staates geruht hat, ruht und ruhen wird. Das Problem von den Grenzen der Staatstätigkeit hat nur insoweit Bedeutung für uns, als in der Tatsache, dass dies ein Problem ist, eine Eigentümlichkeit des die Staatstätigkeit beherrschenden Zweckes zum Ausdruck kommt. Denn bei keiner andern juristischen Person können ja die Grenzen ihrer Tätigkeit fraglich sein. Dass es bei dem Staate der Fall ist, weist auf einen Zweck hin, der Ausdehnung oder Einschränkung seiner Tätigkeit zulässt.

Für die Ermittelung des Staatszweckes ist es von Wichtigkeit, im Auge zu behalten, dass der Staat und sein Zweck nicht von einander getrennt werden müssen. Denn wir dürfen uns den Staat nicht als eine Person denken, die, weil sie nun einmal da ist, zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe herangezogen wird, sondern der Staat ist, wie jede andere juristische Persönlichkeit, nur durch die Erfüllung und in der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgabe eine Person[1]. Demnach wird der

---

[1]) Die Leugnung, dass dem Staate ein *Zweck* zugeschrieben werden muss, ist gerade eine Folge der Gegenüberstellung von Staat und Zweck als besonderer Faktoren. Speziell beleuchtet ist dies von ADAM H. MÜLLER (Die Elemente der Staatskunst, 1809, I. S. 67): „Fragt nun", sagt er, „noch irgend Jemand: Was ist denn der *Zweck* des Staates? so frage ich ihn wieder: du betrachtest also den Staat als Mittel?

Umfang seiner Persönlichkeit durch die Grösse der durch ihn erledigten Arbeit bestimmt. Die Persönlichkeit des Staates ist kleiner oder grösser, je nachdem in seinem Namen wenig oder viel verrichtet wird. Ursprünglich ist sie auf ein sehr kleines Gebiet beschränkt, allmählich aber wird dieses grösser, bis es in unseren Tagen eine Ausdehnung bekommen hat, wie nie zuvor. Heisst das nun, dass der Zweck des Staates stetigem Wechsel unterworfen ist? Dieser Schluss kann nicht richtig sein; denn charakterisiert sich der Staat eben durch einen bestimmten Zweck, der sich in ihm selbständig und bewusst realisiert, so würde die Rechtsperson aufhören Staat zu sein sobald eine Änderung des Zwecks einträte, während doch gerade die so verschiedene Aufgabe immerfort als Staatsaufgabe hingestelt worden ist.

Was sich ändert ist: nicht der Zweck des Staates, sondern seine Persönlichkeit.

---

du meinst also noch immer, dass es *ausserhalb* des Staates etwas gebe, um dessentwillen er da sey, dem er dienen müsse, wie das Gerüst dem Gebäude, wie die Schale dem Kern?" Der Verfasser verneint diese Frage mit Recht. Aber in der Fragestellung zeigt sich klar, dass man mit Verneinung des Zweckes, als Element des Staatsbegriffes, nur der Auffassung entgegen zu treten beabsichtigt, dass der Zweck *ausserhalb* des Staates zu suchen sei. Diese Auffassung steht im engsten Zusammenhange mit der Vorstellung vom Staate als Machtssubjekt. Ist der Staat seinem Wesen nach eine Macht übende Persönlichkeit, dann muss ein Zweck ausfindig gemacht werden, dem diese Persönlichkeit sich zu widmen hat. Gegen diese Vorstellung sträuben sich alle diejenigen (u. a. auch SCHELLING in seinen „Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums", Werke I, 5, S. 316) welche einen dem Staate eignen Zweck leugnen. Damit wird aber *nur* verneint, dass der Staat eine Person sei, der, zur Erfüllung seiner Existenz, beliebige zu verwirklichende Zwecke gestellt werden können. Sie bringen damit also dasselbe zum Ausdruck, was ich im Text hervorgehoben habe.

Der Zweck des Staates ist von jeher der gleiche geblieben, aber nicht die ganze in dem Zweck enthaltene Aufgabe hat von vornherein Persönlichkeit gehabt. Die wechselnde Aufgabe des Staates weist auf Ausdehnung und Einschränkung der selbständigen und bewussten Realisierung seines Zweckes hin und bezieht sich also auf den Umfang seiner Persönlichkeit. Der Zweck des Staates, das, was seine Subjektivität ausmacht, und aus dessen Wert das in seinem Namen sich äussernde Wollen und Handeln stammt, ändert sich nicht, wohl aber ändert sich das persönliche Leben dieser Subjektivität. Wenn man an diesem Gegensatz zwischen dem Zweck resp. der Subjektivität des Staates und dem Umfang seines persönlichen Lebens festhält, entgeht man den Schwierigkeiten, die sich erheben, wenn man bei dem so verschiedenen Inhalt der Staatstätigkeit die Einheit des Staatsbegriffes für alle Zeiten im Auge behalten will. Es verhält sich mit dem Staate, wie mit dem Menschen. Auch dessen Subjektivität verändert sich nicht, aber zwischen dem Kinde und dem Erwachsenen besteht ein Unterschied des persönlichen Lebens, das bei dem letzteren einen viel reicheren Inhalt hat als bei dem Kinde.

Soll aber die Subjektivität des Staates eine solche Ausdehnung und Einschränkung des persönlichen Lebens zulassen können, dann muss die Subjektivität ihre Wurzeln in einem Zwecke haben, der eine solche unbegrenzte Aufgabe für den Staat ermöglicht. Und das ist der Fall. Diese unbegrenzte Aufgabe liegt in der Verwirklichung eben desselben Zweckes, der im vorigen Kapitel als Massstab für den Rechtswert der Interessen der Menschen angewiesen wurde: *des Gemeinschaftszweckes*.

In dem Staate erhält der Gemeinschaftszweck rechtspersönliches Leben.

In mehr als einer Beziehung bedarf diese Bestimmung des Staatszweckes der Erläuterung. Erstens fordert der Ausdruck „Gemeinschaftszweck" eine Erklärung, da, wie wir oben zeigten, doch in jeder juristischen Person eine Gemeinschaft vorhanden ist, welche in der Verwirklichung eines Zweckes ihren Grund hat. Ein Gemeinschaftszweck ist mit jeder Rechtsperson gegeben. Welchen Sinn hat es also, bei dem Staate kurzweg von dem Gemeinschaftszweck zu reden, ohne zu gleicher Zeit zu bestimmen, worin dieser Zweck besteht, wie wir solches bei andern Rechtspersonen tun können?

Ferner haben wir im vorigen Kapitel die Wirkung des Gemeinschaftszweckes dahin kennen gelernt, dass dieselbe sich in Wertbestimmungen der Interessen der Menschen offenbart, in der Weise also, dass dieser Zweck Grund und Massstab für den grösseren oder kleineren Rechtswert dieser Interessen abgibt. Erlangt nun der Gemeinschaftszweck in dem Staate Persönlichkeit, so kommt dieses persönliche Leben zum Ausdruck in dem Bestimmen des Rechtswerts der verschiedenen Zwecke. Aber — und damit kommen wir zum zweiten Punkte, welcher der Erklärung bedarf — das Leben des Staates erschöpft sich keineswegs in solcher Rechtsproduktion. Wir brauchen bloss an die zahlreichen andern Interessen zu denken die der Staat verfolgt, an den Unterricht den er erteilt, an die Eisenbahnen die er baut, an Post und Telegraph die er verwaltet u. s. w., um einzusehen, dass der Staatszweck viel mehr umfasst, als die Produktion des Rechts. Wie kann also dieses Mehr in dem Gemeinschaftszweck mit einbegriffen sein?

Folglich ist eine weitere Präzision des Gemeinschaftszwecks notwendig. Dazu bringen wir wiederum die Struktur der natürlichen Person in Erinnerung. Mit dem Menschen ist eine unbegrenzte Anzahl physischer und psychischer Strebungen gegeben, aus denen die Bedürfnisse hervorgehen, zu gleicher Zeit aber eine Zweckeinheit, die wertbestimmend wirkt und entscheidet welche Bedürfnisse und inwiefern sie befriedigt werden sollen. Dieser Zweck begründet die Subjektivität des Individuums. Von den juristischen Personen sahen wir bisher, dass diese bezwecken ein oder mehrere bestimmte Bedürfnisse der Menschen selbständig zu erfüllen und dazu eine Gemeinschaft bilden, welche natürliche Personen umfasst, nach einer oder mehreren bestimmten Seiten jenes Teiles ihres Wesens, das sich, getrennt von ihrer Subjektivität, als eine Vielheit darstellt. Die juristischen Personen, welche wir bisher betrachteten, sind nicht aufgebaut zur Verwirklichung des die Subjektivität des Menschen begründenden Zweckes, sondern zur Befriedigung eines resp. mehrerer aus den zahlreichen Bedürfnissen, die dem physischen oder psychischen Leben des Menschen entspringen.

Nun können wir aber in unserm Denken zwar unterscheiden zwischen dem Menschen als einem vielfachen Subjekte ebensovieler Bedürfnisse und dem Menschen als dem einheitlichen Subjekte, dem Träger einer Subjektivität, aber tatsächlich zerlegen können wir dieses Doppelwesen nicht. Daraus folgt dann aber, dass, wenn der Mensch für die Befriedigung eines seiner Bedürfnisse einer Gemeinschaft einverleibt ist, zu gleicher Zeit auch das ganze einheitliche Subjekt mit in jene Gemeinschaft hineingezogen wird. Dieses zu betonen ist darum

von Wichtigkeit, weil daraus folgt, dass es bei jeder Rechtsperson neben dem Zwecke, zu dessen selbständiger Realisierung sie da ist, (d. h. zur Befriedigung dieses oder jenes bestimmten Bedürfnisses) noch einen sekundären Zweck zu realisieren geben kann.

Welches ist dieser sekundäre Zweck?

Nehmen wir als Beispiel einer juristischen Person einen Lesezirkel, einen Klub, eine Stiftung. Dann genügt es nicht Bücher anzuschaffen, Billards zu kaufen, Wohnungen zu erbauen, sondern es muss auch festgestellt werden, inwiefern der Gebrauch der Bücher, der Billards, der Wohnungen jedem Destinatär gestattet sein soll. Es muss mithin eine Abschätzung der Interessen der Mitglieder gegen einander stattfinden, ein Reglement zu stande kommen, das die Dauer und den Inhalt der Ansprüche, die jedes einzelne Mitglied auf die Benutzung der Besitzungen der Rechtsperson erheben kann, bestimmt. In einem solchen Reglement wird also ausgemacht, wie weit die Subjektivität des einzelnen Mitglieds sich gegenüber der der andern geltend machen kann. Auch dafür ist das Gemeinschaftsinteresse der Massstab; in diesem Falle aber nicht zur Entscheidung des Genusses, der realsiert werden soll, sondern zur Bemessung des *Rechts*, das dem einzelnen eingeräumt wird.

Es *kann* also zu dem Hauptzweck einer Rechtsperson, d. h. die *Realisierung eines Genusses*, als sekundärer Zweck die *Rechtsrealisierung* hinzukommen. Aber eine notwendige Sequel des Zwecks einer jeden Rechtsperson ist letztere nicht. Nur dann, wenn die Art des Bedürfnisses, zu dessen Befriedigung die Rechtsperson ins Leben trat, es bedingt dass die Mitglieder der Gemeinschaft jeder für sich die ausschliessliche, wenn auch

nur vorübergehende Verfügung über die Besitzungen oder Leistungen der Rechtsperson erhalten und somit eine Abgrenzung der Subjektivitäten mit Beziehung auf den Genuss dieser Güter und Leistungen not tut, ist eine rechtliche, den relativen Gemeinschaftswert der individuellen Interessen bestimmende Regulierung unerlässlich. Meistens wird die Verwirklichung des Zweckes einer Rechtsperson eine solche Rechtsrealisierung mit sich bringen, jedoch sind auch Rechtspersonen denkbar, bei denen das nicht der Fall ist, folglich der Zweck durch blosse Genussrealisierung erreicht wird. Ist z. B. die Errichtung eines Denkmals der Zweck, dann ist dazu eine Rechtsrealisierung nicht erforderlich. Ist aber eine Rechtsrealisierung veranlasst, so erstreckt sie sich nicht weiter als der Zweck der Rechtsperson es fordert, weil ihre Aufgabe eben Sequel des Zweckes ist, zu dessen Behuf die Rechtsperson existiert, und in diesem Zwecke Grenze und Inhalt der Rechtsrealisierung enthalten sind.

Wenn wir jetzt zu dem Problem von dem Zwecke des Staates zurückkehren, so ist zuerst zu bemerken, dass, im Gegensatz zu allen andern Rechtspersonen, der Zweck nicht in der Befriedigung eines oder mehrerer Bedürfnisse des Menschen liegt, sondern sich auf die Subjektivität der natürlichen Person bezieht. Die mit dem Staatszweck gegebene Gemeinschaft umfasst nicht den Menschen nach einer der Seiten seiner physischen oder psychischen Bedürfnisse, sondern sie umfasst ihn nach seiner Einheit, umfasst ihn also nach dem Zwecke, worin die Subjektivität seines Wesens liegt. Dieser Zweck nun, der sich, wie wir wiederholt zeigten, in einem Ordnen der Bedürfnisse, die befriedigt oder nicht befriedigt werden sollen und des Grades der eventuellen

Befriedigung, in dem Entscheiden also über den Realisierungswert der Bedürfnisbefriedigung offenbart — und in seinem Wesen die Persönlichkeit des Menschen konstituiert — kann, sobald eine Vielheit von Menschen mit einander in Verkehr tritt, keinen absoluten Wert haben, sondern muss wiederum einem Zwecke, der Massstab für die Verwirklichung und den Grad der Verwirklichung jener individuellen Persönlichkeit ist, untergeordnet sein, sodass er nur relativen Wert besitzen kann.

Hier sehen wir also genau dasselbe, was wir bei der Besprechung der Struktur der natürlichen Person gefunden haben, nämlich das Vorhandensein einer Vielheit von Strebungen oder Bedürfnissen, deren Befriedigung der Realisierung des Zweckes der Einheit untergeordnet ist. Anstatt der verschiedenen physischen und psychischen Strebungen finden wir hier die natürlichen Personen selbst, deren persönliches Leben gegenüber dem Leben der andern auch nur relativen Wert hat d. h. einem andern Zwecke untergeordnet ist, der für diesen relativen Wert den Massstab abgibt, wie ja auch der Zweck oder die Bestimmung der individuellen Persönlichkeit das Mass bildet, womit der Wert oder Nichtwert ihrer Bedürfnisbefriedigung beurteilt wird.

Die Wirkung dieses Zweckes nun, dem die Persönlichkeit des Menschen untergeordnet ist, kommt zum Ausdruck im *Recht*, worunter die Summe der Normen zu verstehen ist, in denen der relative Wert der verschiedenen Personen und ihrer Interessen sich darstellt. Diese Wirkung haben wir im vorigen Kapitel, bei der Prüfung des in den Rechtnormen enthaltenen und jenen Normen den imperativen Charakter verleihenden Wertes, schon erläutert. Auch der Inhalt des Zweckes ist dort erwähnt,

muss aber jetzt im Gegensatz zu dem Zwecke der anderen juristischen Personen näher bestimmt werden, weil neben der in der Herrschaft des Rechts zu Tage tretenden Wirkung, aus der Verwirklichung des Zwecks noch andre Wirkungen hervorgehen, und zwar ähnliche als bei jenen andern Rechtspersonen.

Wir haben bereits hervorgehoben, wie der Zweck sich auf *das persönliche Leben des Menschen* richtet, wie also die in der Wirkung dieses Zweckes begründete Gemeinschaft den Menschen als Person umfasst, *nicht* in erster Linie als Subjekt der nach Befriedigung drängenden Bedürfnisse. Damit ist der Zweck des Staates im Gegensatz zu den Zwecken andrer juristischen Personen eigentlich schon bestimmt. Denn den Menschen können wir uns ja nur denken entweder als Subjekt einer unbegrenzten Zahl von Bedürfnissen oder als Subjekt eines eignen persönlichen Lebens. Der Zweck, welcher Menschen zu einer neuen Einheit verknüpft, kann darum nur gerichtet sein, entweder auf die Befriedigung von Bedürfnissen, oder auf die Verwirklichung des persönlichen Lebens. In diesem Gegensatz erschöpft sich jede mögliche Art von Gemeinschaft und Rechtsperson. Eine dritte Kategorie ist nicht denkbar, weil das ganze Leben des Menschen nur in diesen zwei Seiten seines Wesens eingeschlossen liegt. Eine andre Gemeinschaft als zur Befriedigung von Bedürfnissen oder zur Verwirklichung persönlichen Lebens ist nicht möglich.

Worin die Befriedigung von Bedürfnissen besteht, haben wir oben bei der Besprechung der Rechtspersönlichkeit im allgemeinen gezeigt: sie besteht in Genussrealisierung, bisweilen auch, dann aber sekundär als Sequel der Genussrealisierung, in einer Rechtsrealisie-

rung. Was die Verwirklichung persönlichen Lebens anbelangt, sahen wir bereits, dass die Wirkung des darauf gerichteten Gemeinschaftszweckes sich zunächst in einer Rechtsordnung offenbart, welche den relativen Wert des persönlichen Lebens des Menschen bestimmt. Weil aber mit der Persönlichkeit des Menschen die unbegrenzte Zahl seiner Bedürfnisse untrennbar zusammenhängt, so fällt mit der Persönlichkeit auch diese andre Seite seines Lebens, der Komplex seiner Bedürfnisse, ebenfalls in die Gemeinschaft, und kann der auf die Verwirklichung der Persönlichkeit gerichtete Zweck auch die Versorgung von Bedürfnissen mit sich bringen.

Diese Tatsache rückt nun mit einem Male in das hellste Licht, wie aus dem Zwecke des Staates, der ihn zur Rechtsordnung beruft, auch die ganze Verwaltungstätigkeit, die ihm heute obliegt, hervorgeht, und erklärt zu gleicher Zeit den stetigen Wechsel der Interessen, die er sich im Laufe der Jahrhunderte hat angelegen sein lassen. Denn wie bei andern Rechtspersonen neben dem Hauptzweck: Genussrealisierung, ein sekundärer Zweck: Rechtsrealisierung, (als Sequel des Hauptzweckes der Rechtsperson, nämlich Verwirklichung eines resp. mehrerer Bedürfnisse) vorkommen kann, weil, wie gesagt, zugleich mit dem Teil seines Wesens, womit der Mensch für die beabsichtigte Bedürfnisbefriedigung Mitglied einer Rechtsperson ist, auch die Subjektivität seiner Persönlichkeit in die durch sie gebildete Gemeinschaft fällt und infolgedessen die Veranlassung sich darbieten kann, um mit Bezug auf die Genussrealisierung den relativen Wert dieser Persönlichkeit d. h. ihr Recht zu bestimmen — so kann auch dem Staate diese doppelte Aufgabe gestellt werden, dann aber umgekehrt und

zwar so, dass die Rechtsrealisierung der primäre, die Genussrealisierung der sekundäre Zweck ist[1]. Indem der Mensch als Persönlichkeit in dieser grossen Gemeinschaft begriffen ist, gehört er ihr auch mit der Gesamtheit seiner Bedürfnisse an, sodass ein Zweck, wie der des Staates, der auf die Realisierung des persönlichen Lebens des Menschen gerichtet ist, auch die Befriedigung von Bedürfnissen mit sich bringen kann: letzteres aber nicht als selbständiger, sonder als sekundärer Zweck und nur insoweit als die Versorgung solcher Bedürfnisse Sequel der Sorge für das persönliche Leben ist und durch diese Sorge bedingt wird, wie, umgekehrt bei andern Rechtspersonen, die Rechtsversorgung ihre Grenzen findet in der Genussrealisierung, behufs welcher die Rechtsperson existiert.

Denkbar ist ein Staat, der weder für Wege sorgt, noch Briefe befördert, noch sonst etwas in Regie betreibt, folglich ein Staat, der die Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes bloss durch die Bestimmung des relativen (i. e. Rechts-) Wertes der zu der Gemeinschaft gehörigen Personen und deren Interessen vollzieht. Denn es kann sein, dass alle diese Interessen durch die Angehörigen selbst genügend versorgt werden, deren Versorgung heutzutage als die Verwaltungsaufgabe eben des Staates gilt. In solchem Falle hätte der Staat nichts weiter zu tun, als den relativen, den Rechtswert dieser Interessen festzustellen. Denn, da der Gemeinschaftszweck prin-

---

[1]) Der Gegensatz und das Verhältnis zwischen Rechts- und Genussverwirklichung beim Staate und bei andern Rechtspersonen habe ich in meinem Vortrag: „De werkkring van den Staat", Groningen, 1894, S. 14 ff. schon angedeutet.

zipiell und primär in der Sorge für das persönliche Leben des Menschen liegt, ist ohne Ordnung des Rechts die Verwirklichung des Zweckes nicht denkbar. Darum ist in dem Gemeinschaftszweck primär die Rechtsproduktion oder Rechtsverwirklichung enthalten und geht die Genussverwirklichung aus dem Zwecke nur sekundär hervor, insofern letztere davon abhängt, ob die Bedürfnisse nicht oder ungenügend von andern befriedigt und zwar so befriedigt werden, wie es für die Entfaltung des persönlichen Lebens jeweilig in den verschiedenen Perioden erforderlich ist. Und es *kann* der Staat sich dieser Genussverwirklichung unterziehen, weil der Mensch mit seiner Persönlichkeit auch als Bedürfniskomplex ganz in die Gemeinschaft eingeschlossen wird.

Der in dem Staate zu einer Persönlichkeit erhobene Gemeinschaftszweck kann somit bestimmt werden als Sorge für das persönliche Leben der Menschen. Die Menschen, für welche dieser Zweck sich verwirklicht oder verwirklicht wird, bilden dadurch eine Gemeinschaft und es ist, wie bei allen Rechtspersonen, das Interesse dieser Gemeinschaft, das die zur Verwirklichung des Zweckes zu erledigenden Aufgaben anweist. Der also bestimmte Gemeinschaftszweck ist inhaltlich derselbe wie der früher (20) angedeutete. Haben wir dort als Inhalt des Gemeinschaftszweckes hervorgehoben die Anregung und Beförderung des geistigen Lebens eines Volkes und hier diesen Zweck bestimmt als auf das persönliche Leben des Menschen gerichtet, so ist die nämliche Vorstellung nur anders formuliert. Denn das persönliche Leben manifestiert sich ja im geistigen Leben. Das Leben aus der Einheit, wie er bei jeder Persönlichkeit stattfinden kann, ist geistiger Natur. Vermehrung der geistigen Werte

eines Volkes bedeutet also eine Entfaltung der Persönlichkeit seiner Glieder.

Mit dem Vorstehenden möge der Zweck der Gemeinschaft genügend erläutert sein; es darf aber, wenn vom Staate ausgesagt wird, dass dieser Zweck in ihm Persönlichkeit besitzt, nicht vergessen werden, dass, wie schon früher bemerkt wurde, die Wirkung dieses Zweckes und dessen persönliches Leben im Staate sich keineswegs decken. In der bewussten Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes offenbart sich der Staat, aber der Gemeinschaftszweck ist tätig gewesen bevor es einen Staat gab, und ist noch immer tätig neben dem Staat und unabhängig vom Staat. Er hat gewirkt in vorstaatlicher Zeit, insofern es Jahrhunderte lang eine Rechtsordnung gegeben hat, die aus einer bewussten Wirkung des Gemeinschaftszweckes *nicht* hervorgegangen war. Von der damaligen Gemeinschaft kann man mit Recht sagen dass sie einen natürlichen Ursprung hatte, weil, sobald Menschen in Verkehr zu einander treten, sich spontan eine Ordnung und ein Zusammenhang bilden zur Ermöglichung persönlichen Lebens, mag dann auch dieses persönliche Leben ursprünglich ein blosses Gruppenleben, nicht ein individuelles persönliches Leben gewesen sein. Eine Rechtsgemeinschaft ist die Grundlage aller andern, weil ohne Recht kein persönliches Leben möglich ist. Darum nennt man sie gewöhnlich auch kurzweg nur „die Gemeinschaft" ohne Andeutung des Zwecks, der ihr Entstehen bedingte.

Der Gemeinschaftszweck übt ferner seine Wirkung auch heute noch aus *neben* dem Staate, insofern dieser Zweck, wie er sich in den Rechtsüberzeugungen der Volksgenossen abspiegelt, Recht bilden kann, Gewohn-

heitsrecht z. B., das die Gültigkeit des durch den Staat produzierten Rechts modifizieren und verdrängen kann.

Am merkwürdigsten ist aber, wenn ich es so nennen darf, das Unlogische in der Entstehung und in der Ausbildung des Staates. Da in dem Gemeinschaftszweck primär die Ordnung der Menschen unter die Herrschaft des Rechts enthalten ist, so hätte logisch der Staat sich zuerst in der bewussten Realisierung des Rechts offenbaren müssen. Allem Anschein nach ist das aber nicht der Fall gewesen. Der Staat hat sich zuerst bemerkbar gemacht, jedenfalls seine Persönlichkeit ausgebildet, in der bewussten Verwirklichung des in den Gemeinschaftsinteressen *sekundär* begriffenen Zweckes, nämlich in der Befriedigung von Bedürfnissen, in der Versorgung von Volksinteressen. Erst in der Gegenwart ist der primäre Zweck der Gemeinschaft, die Rechtsproduktion, in vollstem Umfang Staatsaufgabe geworden. Ursprünglich scheint es ein kriegerisches Interesse gewesen zu sein: der Schutz des Gemeinschaftslebens des einen Stammes gegen andre Stämme, zu dessen Versorgung ein Organ erforderlich wurde, mit welchem also die bewusste Verwirklichung des Gemeinschaftszwecks, wenn auch nur nach einer einzigen Richtung hin, einen Anfang genommen hat und der Staat in das Dasein getreten ist. Anzunehmen ist, dass die Versorgung jenes Interesses auch sofort eine spezielle Rechtsordnung bedingt haben muss, eine Rechtsordnung also, worin der Rechtswert jenes öffentlichen Interesses zum Ausdruck gebracht wurde; und damit wäre auch die Rechtsproduktion, teilweise wenigstens, Staatsaufgabe geworden.

Die Ausbildung der Staatspersönlichkeit findet nun derart statt, dass immer mehr Gemeinschaftsinteressen

versorgt werden (die des Verkehrs, der Währung z. B.), während die Rechtsproduktion — um auch solchen Interessen besonderen Rechtswert zu verschaffen — damit gleichen Schritt hält. Diese Rechtsproduktion wird versorgt durch dasselbe Organ, das die betreffenden Interessen versorgt — was zur Entstehung des Königsrechts neben dem Volksrechte führt. So entwickelt sich die Rechtsproduktion des Staates — oben wurde es schon ausgeführt — im engsten Zusammenhang mit der Zunahme der Interessen, auf die des Königs Fürsorge sich erstreckt. Von einer Rechtsproduktion, die auch eine Wertung solcher Interessen nach sich zieht, die im gemeinen oder Volksrecht schon geschätzt waren, ist noch nicht die Rede. Eine bewusste Verwirklichung des primären Zwecks, der Rechtsrealisierung, im vollsten Umfang, findet noch nicht statt. Soweit ist folglich die Persönlichkeit des Gemeinschaftszwecks, der Staat, noch nicht gediehen. In England wurde diese Stufe, wie wir sahen, einige Jahrhunderte früher erreicht als auf dem Kontinent. Aber auch hier ist seit der Durchführung des Konstitutionalismus heutzutage die nämliche Entwicklung zu konstatieren, sodass jetzt in allen Kulturländern der primäre Zweck der Gemeinschaft — die Rechtsrealisierung — auch zum primären Zweck des Staates geworden ist; neben welchem der sekundäre Zweck (die Genussrealisierung) zwar ebenfalls einen grossen Teil der Staatspersönlichkeit ausmacht, aber doch nicht mehr wie früher die Grenzen des primären Zwecks (die Rechtsrealisierung) bestimmt: die Rechtsbildung demnach nicht länger auf öffentliche Interessen beschränkt ist. In ihrer Entwicklung ist die Persönlichkeit des Staates heute auf diesem Punkte angelangt,

dass mehr und mehr die Rechtsbildung auf *jedem* Gebiete für *alle* Interessen zur Aufgabe des Staates wird. Vielleicht erreicht sie den Punkt, wo sämtliche Rechtsbildung staatlich ist. Vielleicht liegt auch mit Bezug auf den sekundären Zweck eine Zentralisation im Schosse der Zukunft, derart dass das ganze wirtschaftliche Leben der Gesellschaft in einer Staatswirtschaft aufgeht. Wir wagen uns nicht an Prophezeiungen, sondern wollen nur hervorheben, dass eine solche Ausdehnung der Staatsaufgabe aus dem Gemeinschaftszweck hervorgehen kann, weil jener Zweck die Persönlichkeit des Menschen, seine Subjektivität und damit zu gleicher Zeit den Menschen als Komplex von Bedürfnissen beherrscht.

Aber ganz besonders wünschen wir noch einmal zu betonen, dass, wie gross oder wie klein die Aufgabe des Staates auch sein mag, dieses nicht auf einen wechselnden *Zweck* des Staates hinweist, sondern auf eine Ausdehnung oder eine Einschränkung seiner *Persönlichkeit.* Der Zweck des Staates bleibt was er von jeher gewesen: der Gemeinschaftszweck. Von dem Augenblicke an, dass dieser Zweck Organe erhält, um ihn zu realisieren, haben wir mit einer Person zu tun, und diese Person ist der Staat. Aber diese Person offenbart sich im Anfang in der Erfüllung einer nur kleinen Aufgabe, bis mit den höheren Anforderungen die ein geordnetes Zusammenleben der Menschen allmählich mit sich bringt, mehr und mehr Interessen vom Staat versorgt werden und die Persönlichkeit des Staates dem entsprechend an Umfang gewinnt.

Zur weiteren Erforschung des Staatscharakters haben wir nun die Tatsache in den Kreis unsrer Betrach-

tungen zu ziehen, dass der Gemeinschaftszweck in grösseren und kleineren Gemeinschaften realisiert wird.

30. Der Staat gegenüber andern öffentlich-rechtlichen Personen. In dem Staate hat der Gemeinschaftszweck Persönlichkeit bekommen. Es gibt aber mehr wie einen Staat, also auch mehr wie eine Gemeinschaft. Worin unterscheiden sich nun die Staaten und Gemeinschaften von einander? Nicht durch ihren Zweck; der Zweck ist für alle der gleiche: aber *in der Verwirklichung* des Zweckes sind sie verschieden. Jeder Staat realisiert den Gemeinschaftszweck nach seiner Art, entweder infolge einer eigener Auffassung dieses Zwecks, oder der Bedürfnisse des Volkes in welchem er realisiert werden muss.

Gegenüber der Tatsache, dass es mehrere Staaten gibt, genügt es also nicht zu sagen, dass in dem Staate das persönliche Leben des Gemeinschaftszwecks gegeben ist, sondern es muss hinzugefügt werden „für einen Teil der Menschheit".

In jedem einzelnen Staate wird der Gemeinschaftszweck nur teilweise verwirklicht, folglich hat der einzelne Staat mit Beziehung zur Menschheit nur relativen Wert. Absoluten Wert kann einzig und allein der Zweck der sämtliche Menschen umfassenden Gemeinschaft haben und *dieser* Zweck ist es, der entscheidet ob und inwiefern für einen bestimmten Teil der Menschheit der Gemeinschaftszweck selbständig verwirklicht werden m. a. W. ob und inwiefern ein Volk einen eignen Staat oder genauer vielleicht, da der juristische Staatsbegriff unsicher ist, ein Subjekt des internationalen Rechts bilden soll.

Ausgangspunkt für eine Betrachtung des Staates in seinem Verhältnis zum Recht muss demnach die inter-

nationale Gemeinschaft sein; der Verwirklichung des Zweckes dieser Gemeinschaft sind alle andern Zwecke untergeordnet. Das internationale Recht, worin von dem Zwecke der Universalgemeinschaft aus, oder — weil das internationale Recht hauptsächlich bei der Kulturgemeinschaft praktische Bedeutung hat — von dem Zwecke der Kulturvölkergemeinschaft aus der Rechtswert der Interessen bestimmt wird, beschäftigt sich nun in erster Linie, unter dem Namen Völkerrecht, mit dem Entstehen der Staaten und dem Verluste der staatlichen Selbständigkeit. Die staatliche Persönlichkeit eines Volkes wird durch diesen Zweig des internationalen Rechts geregelt[1]).

---

[1]) Das Völkerrecht kann nicht, wie das nationale Recht, durch Gesetzesrecht, unmittelbar Rechtssubjekte bilden oder aufheben, weil das Völkerrecht hauptsächlich auf dem Wege des Gewohnheitsrechts in die Erscheinung tritt und das Gewohnheitsrecht Tatsachen zur Voraussetzung hat. Aber das Völkerrecht bestimmt die Tatsachen; indessen nicht in dem Sinne dass es nach Belieben Personen als Subjekte seines Rechts betrachten kann, da im Völkerrecht selbst die Forderungen, denen die Tatsachen seines Gebiets entsprechen sollen, liegen. Im Texte reden wir nur von Staaten als Subjekten des Völkerrechts, aber es ist nicht zulässig, zu sagen, dass nur Staaten diese Subjekte sein können. Doch ist diese Vorstellung in den Lehrbüchern die übliche, und das Charakteristische des Völkerrechts wird dann in der Weise bestimmt, dass es Rechtsverhältnisse zwischen Staaten regelt. Ich halte diese Auffassung, welche sich mit den Staatenverbindungen als Subjekten des Völkerrechts schwerlich abfinden kann, für verfehlt. Die Rechtssubjektivität der Staaten besteht doch nicht unabhängig vom Völkerrecht, so dass es nur die Verhältnisse zwischen Personen, die ihre Rechtssubjektivität von sonstwoher erhielten, regelt. Ich meine darum dass der Ausgangspunkt für eine Begriffsbestimmung des Völkerrechts nicht in diesem oder jenem Rechtssubjekt genommen werden darf, sondern in der Kulturvölkergemeinschaft, deren Interesse ein eignes Recht bedingt. (Siehe auch ULLMANN, Völkerrecht, S. 6, in MARQUARDSEN's Handbuch). Dieses Recht ist das internationale Recht, ein Zweig desselben ist das Völkerrecht welches mit öffentlich-rechtlichen Personen sich befasst und in erster Linie die Forderungen, denen diese

Der Zweck der Kulturvölkergemeinschaft entscheidet aber nicht nur über die Entstehung und den Untergang der Staaten, auch die Grenzen, innerhalb deren dem einzelnen Staate gestattet ist dem Gemeinschaftszweck nachzustreben, werden durch das internationale Recht gezogen. Die Grenzbestimmung für die Selbständigkeit der Staatsaufgabe ist in den drei andern Zweigen dieses Rechts, dem internationalen Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht, enthalten.

Vollkommen frei ist der Staat bei der Ordnung des Privatrechts nicht; speziell beruht die Rechtssubjektivität des Individuums nicht auf der nationalen, sondern auf der internationalen Gemeinschaft: kein Staat kann z. B. die Sklaverei als Rechtsinstitut behaupten. Weiter hat der Staat bei der Ordnung des Privatrechts die

---

Personen entsprechen sollen, um als Subjekte seines Rechts auftreten zu können, bestimmt. Welche diese Forderungen oder Bedingungen sind, darf man selbstredend nicht apriorisch feststellen d. h. durch Bildung von Begriffen welche nicht den tatsächlichen Erscheinungen entnommen sind. Auf dem Gebiete der Völkerrechtswissenschaft verfährt man aber vielfach anders; statt die Wissenschaft den Tatsachen unterzuordnen, fängt man damit an einen Begriff zu bilden, um sich nachher über die Tatsachen zu ärgern, dass sie den Begriffen nicht entsprechen. Im Franz von Liszt's Völkerrecht z. B., verfährt man auf diese Weise. Nur die Staaten sind Subjekte des Völkerrechts, heisst es dort (S. 21). Dann folgt ein Begriff des Staates, und nachher (S. 23) lesen wir: „Schwierigkeiten bietet die völkerrechtliche Stellung der Staatenverbindungen: u. z. insbesondere deshalb, weil die geschichtlich gegebenen Erscheinungen den von der Wissenschaft aufgestellten Begriffen sich nicht immer einordnen wollen." Das besagt aber, dass die Begriffe nicht den Tatsachen entnommen sind. Nur von diesen aus darf man wissenschaftlich zur Begriffsbildung gelangen; und bei dieser Methode stellt sich eine Fülle von Rechtssubjekten heraus, von welchen die Staaten gewissermassen als die natürlichen Rechtssubjekte des Völkerrechts betrachtet werden können, wie es die Menschen im Privatrechte sind.

Interessen der internationalen Gemeinschaft zu berücksichtigen, folglich Verfügungen zu treffen und zu behaupten, die dem internationalen Verkehr der Menschen Rechnung tragen.

Ebensowenig hat der Staat völlig freie Hand in der Kriminaljustiz, sondern auch dabei ist er den Regeln des internationalen Rechts unterworfen, die entweder das Strafrecht inhaltlich betreffen, also die Verpflichtung auferlegen gewisse Handlungen zu ahnden, z. B. den Seeraub, oder die Ausdehnung (ausserhalb des eignen Gebietes) und die Beschränkung (exterritoriale Personen) der Strafgerichtsbarkeit regulieren, oder aber bestimmen, inwiefern der eine Staat dem andern in der Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit behülflich zu sein hat (Auslieferung).

Gebunden ist der Staat auch in der Erledigung seiner Verwaltungsaufgabe. Das internationale Verwaltungsrecht gewinnt von Tag zu Tag an Umfang und erstreckt sich fast auf jedes Gebiet der zu versorgenden Volksinteressen.

Die internationale Gemeinschaft offenbart sich aber nicht nur durch ein eignes Recht, das internationale Recht, sondern auch durch eine eigne Verwaltung bestimmter Interessen; eine solche gibt es z. B. für das Postwesen, für die Eintragung der Schutzmarken hat man ein internationales Bureau, für die Entscheidung von Differenzen zwischen den Staaten einen Weltgerichtshof. In diesen Behörden erblicken wir die ersten Organe der internationalen Gemeinschaft; in ihnen beginnt das persönliche Leben des internationalen Gemeinschaftszwecks zur Entfaltung zu kommen, liegen also die Keime des Weltstaats.

So beginnt auch hier das persönliche Leben nicht mit der Rechts- sondern mit der Genussrealisierung: ein eignes Organ für die Produktion des internationalen Rechts besitzt die grosse Kulturvölkergemeinschaft noch nicht. In den kleineren Staatengemeinschaften, die wir als Staatenbund und Bundesstaat bezeichnen, ist man weiter. Dort bestehen Organe nicht nur zur Versorgung bestimmter Volksinteressen, sondern auch zur Produktion des für die durch den Staatenbund oder den Bundesstaat gebildete Gemeinschaft erforderlichen Rechts. In dem Bundesstaat speziell haben wir den dem Weltstaate am nächsten kommenden Typus.

Es gibt also, wie wir sahen, Gemeinschaften, die mehrere oder alle Staaten umfassen und schon in grösserem oder kleinerem Masse Persönlichkeit erworben haben. Umgekehrt kann der Staat kleinere Gemeinschaften (Provinzen, Kreise, Gemeinden) enthalten, die, wie der Staat selbst, Persönlichkeit besitzen und den Gemeinschaftszweck, innerhalb gewisser Grenzen, selbständig zu verwirklichen haben. Mit dem Staate stimmen also die Provinzen u. s. w. einerseits und die Staatenvereine andrerseits hierin überein, dass es Rechtspersonen zur Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes sind. Inwiefern jede diese Aufgabe zu erfüllen hat, wird durch die Rechtsordnung bestimmt. In § 23 wurde diese Rechtsordnung erläutert, während in dem oben Mitgeteilten über das internationale Recht die am Schlusse des Paragraphen auf später verschobene Erklärung des sogenannten Vorrangs dieses Rechts vor dem nationalen enthalten ist. Denn in dem *internationalen* Recht hat ja die ganze Staatspersönlichkeit ihre Wurzeln und auf ihm beruht deren ganze Kompetenz. Wird nun ein internatio-

nales Abkommen getroffen, so involviert das eine Modifikation der Kompetenz des Staates, eine Beschränkung seiner Autonomie. Keineswegs wegen des vermeintlichen höheren Wertes, den das internationale Recht vor dem nationalem besitzt, weicht letzteres dem ersteren, sondern weil durch die internationale Satzung bestimmte Interessen aus dem Gemeinschaftszweck der kleineren Korporation herausgenommen sind und infolgedessen auch der für jene Interessen aus dem Zwecke der kleineren Gemeinschaft entlehnte Rechtswert hinfällig geworden ist.

In der internationalen Gemeinschaft liegt also die Quelle jeglicher Gewalt. Aber dieser internationalen Gemeinschaft fehlt die Persönlichkeit. Jedoch gibt es Staatenverbindungen, welche internationalrechtliche Persönlichkeit besitzen. Wie haben wir uns nun das Verhältnis der einzelnen Staaten zu der sie umfassenden Rechtsperson zu denken?

Ihre Entstehung verdanken sie sämtlich einem Vertrag, einem Traktat zwischen Staaten. Gerade so wenig wie in einem Vertrag zwischen Privatpersonen das gesetzliche, d. h. das dem Zweck der Staatsgemeinschaft entlehnte also nicht dispositive Recht abgeändert werden kann, so wenig kann in Verträgen zwischen Staaten das internationale Recht modifiziert werden. Aus einem Kontrakt können nur für die Kontrahenten Rechte und Verpflichtungen hervorgehen. Kein Staat vermag das internationale Recht zu beseitigen, folglich können auch die Staaten sich nicht gegenseitig dazu berechtigen.

Dennoch ist, wie es scheint, ein grosser Teil des internationalen Privat- und auch des internationalen öffentlichen Rechts (wie z. B. die Verfassungen der Staatenverbindungen) auf dem Vertragswege entstanden. Folglich erhebt sich die Frage: Wie geht die Bildung von internationalem

Recht vor sich? Dieser Frage müssen wir näher treten, bevor wir uns weiter mit dem Verhältnis der Staaten zu den Staatenverbindungen beschäftigen.

Als Teile einer grösseren Gemeinschaft, die sie sind, können die Organe der einzelnen Staaten auch als Organe dieser grösseren Gemeinschaft auftreten und deren Interessen in einer Rechtsordnung abschätzen. In dem Falle gilt aber das für die internationalen Interessen gebildete Recht nur für die Angehörigen des Staates, dessen Organ dieses Recht produzierte. In dieser Weise ist ein grosser Teil des internationalen Privat- und Strafrechts entstanden, das darum auch in den verschiedenen Ländern in manchen Punkten verschieden ist. International kann dieses Recht nur genannt werden, weil es aus einer Schätzung internationaler Interessen hervorgeht, Interessen, die in dem Dasein einer die Staaten umfassenden Gemeinschaft ihre Wurzeln haben. Nur durch seinen *Inhalt* hat es den Charakter internationalen Rechts. Seiner Verbindlichkeit oder *Grundlage* nach, ist es nationales Recht, als gebildet durch den Gesetzgeber, dessen Kompetenz über die Grenzen des Staates, für welchen er das Organ ist, nicht hinausreicht. International auch in dieser Beziehung, d. h. seiner Grundlage nach, würde solches Recht erst dann sein, wenn es durch ein Organ des Zweckes der die Staaten umfassenden Gemeinschaft erzeugt worden wäre [1]). Ein solches

---

[1]) Die im Texte vertretene Auffassung des internationalen Rechts ist für das internationale Privatrecht zuerst folgerichtig und konsequent verwendet von Jitta in seiner Schrift: „La méthode du droit international privé", 1890, und ist von ihm in zwei Aufsätzen näher begründet worden: „Das Wesen des internationalen Privatrechts" und „Alte und neue Methoden des internationalen Privatrechts", im Archiv f. öffentliches Recht XIV,

Organ aber gibt es nicht. Aus dem Fehlen eines solchen Organs darf nun aber nicht die Verneinung eines Rechts geschlossen werden, das auch formell international ist, also die Verneinung einer ihre Verbindlichkeit aus dem

---

S. 301 ff. und XV S. 564 ff. Mit Recht betont er dass das internationale Privatrecht Privatrecht ist, und sich nur darin vom nationalen Privatrecht unterscheidet, dass dort die Rechtsordnung in dem Interesse einer grösseren, Staaten umfassenden, Gemeinschaft begründet ist, oder wie der Verfasser es selbst formuliert: es ist das Privatrecht „vom Standpunkt der allgemein-menschlichen Rechtsgesellschaft beobachtet und nach den Rechtsansprüchen dieser Gesellschaft normiert." Das Interesse der allgemeinmenschlichen Gesellschaft kann nun jeder Staat für sein Gebiet zum Ausdrucke bringen (JITTAS „méthode individuelle"), wodurch internationales Recht nur dem *Inhalte* nach zur Erscheinung kommt; oder dieses Interesse ist in einer Rechtsordnung festgelegt welche im Zwecke der Kulturvölkergemeinschaft begründet ist (JITTAS „méthode universelle") und also internationales Recht darstellt *auch* der *Grundlage* nach. Diese m. E. ganz richtige Unterscheidung und Charakterisierung des internationalen Privatrechts steht in Widerspruch mit der üblichen Auffassung, dass das internationale Privatrecht nur ein Komplex von Kollisionsnormen ist und also lediglich Zuständigkeitsnormen für sogenannte Gesetzeskollisionen enthält. Diese Auffassung steht wieder im engsten Zusammenhange mit der in dieser Schrift bekämpften Lehre der Staatssouveränität, welche dem Rechte eine selbständige Geltung abspricht und das Recht dem Staate, kraft seiner natürlichen ureigenen Macht, zur Verfügung stellt. Von diesem Standpunkte ausgehend kann internationales Recht, wenn es im eigentlichen Sinne dieser Lehre überhaupt möglich ist, nur als Recht für Staaten gedacht werden, sind nur Staaten Subjekte dieses Rechts, also kann auch das internationale Privatrecht lediglich Kollisionsnormen enthalten. Denn sollte das internationale Privatrecht auch für die Individuen geschrieben sein und könnten diese als Subjekte dieses Rechts betrachtet werden, dann würde dem Staate ein Stück seiner Macht abhanden gehen. Das Gewaltverhältnis, der Lehre der Staatssouveränität gemäss im Begriffe des Staates enthalten, kraft dessen das Individuum als „Untertan" sein Recht nur vom Staate empfangen kann, würde durchbrochen sein und das Recht in selbständiger Beziehung zu dem Individuum sich befinden. Dieses aber ist nur möglich in der Lehre der Rechtssouveränität; und so fusst JITTAS Auffassung des internationalen Privatrechts, eine Auffassung die anregend auf meiner Arbeit gewirkt hat, wesentlich auf dieser Lehre.

Zweck der grösseren Gemeinschaft entlehnenden Rechtsordnung. Denn wie innerhalb der Staatsgrenzen der Gemeinschaftszweck seine Wirkung geübt hat und noch übt auf dem Wege des Gewohnheitsrechts, so wirkt auch der Zweck der internationalen Gemeinschaft in ähnlicher Weise. In der Ungewissheit, wann ein Gewohnheitsrecht als feststehend betrachtet werden darf, liegt die Schwierigkeit bei der Entscheidung, ob ein bestimmtes inhaltlich internationales Recht auch zu internationalem Recht in der vollen Bedeutung des Wortes, also auch in seiner Basis geworden ist.

Diese Schwierigkeit macht sich am meisten bemerkbar, wenn ein internationalrechtlicher Inhalt den Gegenstand eines Traktats bildet, wie z. B. das internationale Privatrecht in den Haager Verträgen. Dann ist eine Übereinstimmung, ein consensus zu konstatieren, in Beziehung auf gewisse Rechtsmaterien. Dabei darf man nicht denken an zwei oder mehr kraft einer Schätzung der eignen Interessen abgegebene Willenserklärungen — wie sie Kontrakten, bei denen man „Parteien" hat und jede Partei das Abschliessen des Kontrakts nach ihren eignen Interessen beurteilt, zu Grunde liegen — sondern an Erklärungen über das einheitliche Interesse der die verschiedenen Staaten umfassenden Gemeinschaft. Die Übereinstimmung, „Vereinbarung" wie BINDING und JELLINEK sie nennen, hat folglich denselben Charakter wie die zwischen König und Parlament, auf welcher das Gesetz beruht. So wenig ein Gesetz in einen Consensus zweier Kontrahenten aufgelöst werden kann[1] — wenn auch die Verfassung heutzutage bisweilen noch als ein Kontrakt zwischen

[1]) LABAND, l. c. I S. 517.

Fürsten und Volk dargestellt wird – so wenig kann dies auch geschehen mit dem durch die verschiedenen bei dem Traktat beteiligten Staaten produzierten internationalen Recht. Aber die blosse Übereinstimmung über den Inhalt dieses Rechts hat nicht die geringste Rechtsfolge, während der Übereinstimmung zwischen König und Parlament eine dem Inhalt Verbindlichkeit gebende Kraft beigelegt ist. Diese an ihre Vereinbarung durch das Recht geknüpfte Kraft macht aus König und Parlament ein *Organ*. Wäre die Vereinbarung über den Inhalt des internationalen Rechts mit gleicher Wirkung verbunden, so würden die Delegierten der verschiedenen Staaten zusammen das *Organ* der internationalen Gemeinschaft bilden. Jetzt bringt sie bloss die Identität der Auffassung des zur Zeit durch die internationalen Interessen bedingten Rechts zum Ausdruck, welche sich auch offenbaren würde, wenn in den verschiedenen Staaten gleiche Gesetze internationalrechtlichen Inhalts erlassen worden wären. Die Übereinstimmung über den Inhalt des internationalen Rechts bedeutet nichts weiter, als dass ein *Gegenstand* für einen Vertrag gegeben ist. In dem Vertrag verpflichten sich dann die Staaten gegenseitig, diesen Inhalt innerhalb ihres Gebiets auf eine gewisse Reihe von Jahren anzuwenden, wodurch sie ihrer eignen Kompetenz zur Rechtsbildung Schranken setzen. Der Vertrag verpflichtet also nur, dem internationalen Recht, mit dem man einverstanden ist, Verbindlichkeit zu verschaffen und es nicht zu ändern. Das internationale Recht, das den Vertragsgegenstand bildete, kann durch den Vertrag eine internationalrechtliche Begründung *nicht* bekommen, weil ein Vertrag, ein Kontrakt, nimmermehr etwas andres, als Rechte und Verpflichtungen zwischen den Kontrahenten darzustellen

vermag. Erst dann würde es sich anders verhalten, wenn ein Traktat nicht ein Kontrakt wäre, sondern eine Vereinbarung über eine Materie des internationalen Rechts und zugleich diese Vereinbarung mit der Rechtswirkung versehen wäre, dass der vereinbarte Inhalt Rechtskraft haben sollte. Dann aber wäre, wie schon bemerkt wurde, ein internationalrechtliches *Organ* tätig gewesen. Ich will nicht behaupten, dass dies etwas Absurdes sein würde, denn mir scheint es keineswegs unmöglich zu sein, dass die bei der Bildung des internationalen Rechts auftretenden staatlichen Organe schliesslich gewohnheitsrechtlich solchen Charakter bekommen könnten. Werden vielfach solche Traktate zwischen denselben Mächten abgeschlossen, dann ist es denkbar, dass die Organe der Staaten allmählich als Teile eines für die Produktion von internationalem Recht bestimmten Organs betrachtet werden und dass demgemäss mit ihrer Übereinstimmung in Betreff des Inhalts die Rechtsfolge der Verbindlichkeit dieses Inhalts verknüpft wird. Die Kraft eines Gewohnheitsrechts kann auch für diese Materie nicht geleugnet werden. Solange aber ein solches Gewohnheitsrecht sich noch nicht Geltung verschafft hat, gehört das internationale Recht, zu dessen Anwendung ein Staat sich verpflichtete, zu dessen *nationalem* Recht in diesem Sinne, dass die Verbindlichkeit desselben bloss auf der Gewalt des staatlichen Gesetzgebers beruht. Internationalrechtlicher Natur ist dann nur der Kontrakt, laut welchem die Staaten sich gegenseitig verbunden haben, den Satzungen, mit denen man einverstanden ist, jeder für sein Territorium Rechtskraft zu sichern.

Auch wäre es möglich, dass, ebenfalls auf dem Wege des Gewohnheitsrechts, das kraft eines Traktates einge-

führte Recht eine internationale Grundlage erhält, und dadurch dem einzelnen Staate die Macht, es wieder aufzuheben, genommen wird. Eine derartige Wirkung des Gewohnheitsrechts ist vielleicht sogar wahrscheinlicher, als die zuerst angedeutete (nämlich die Evolution zu einem rechtproduzierenden Organ). Speziell könnte eine internationalrechtliche Grundlage sich leicht auf diesem Wege für die Verfassungen der Staatenvereine bilden, wie des Weltpostvereins, des Vereins zum Schutze des industriellen Eigentums, des Schiedsgerichtshofes. Zwar haben die Staaten sich nur kontraktuell verbunden das Verfassungsrecht dieser Vereine für ihr Gebiet als geltendes Recht anzuerkennen, und in jedem Staate beruht das bezügliche öffentliche Recht, das seinem Inhalt nach internationales Recht ist, lediglich auf der Gewalt des eignen Gesetzgebers, sodass es, was seine Gültigkeit betrifft, nationales Recht ist: aber äusserst klein ist die Wahrscheinlichkeit, dass solche Staatenvereine je wieder auf dem Vertragswege aufgehoben werden, und so ist es nicht unmöglich, dass, wenn das Verhältnis ein ständiges geworden ist, jene Verfassungen auch derart einen Teil des internationalen Rechts bilden werden oder bereits bilden, dass sie im Rechtsbewusstsein der Kulturvölker als aus dem Interesse der Kulturvölkergemeinschaft hervorgegangen betrachtet werden. Dann wird das öffentliche Recht dieser Staatenvereine nicht länger bloss dem Inhalte nach internationales Recht sein, sondern auch internationales Recht, das seine Gültigkeit dem Zwecke der die Staaten umfassenden Kulturvölkergemeinschaft verdankt. In diesem Falle aber haben die Staaten das Recht verloren, diese Staatenvereine kontraktuell aufzulösen, weil was aus dem Interesse einer die Staaten umfassen-

den Gemeinschaft hervorgeht und in dem Zwecke dieser Gemeinschaft seine Wurzeln hat, der rechtsbildenden Befugnis der einzelnen Staaten entzogen ist und diese demnach über diesen Teil ihrer früheren Kompetenz auch nicht länger mit einander zu kontraktieren vermögen.

In steigendem Masse werden also die Staaten durch ein internationales Recht umsponnen, das ihre rechtbildende und genussverwirklichende Befugnis einschränkt. In immer mehr Beziehungen werden sie zu Teilen von Staatenvereinen, die in einem Traktat zwar ihren *Ursprung* haben, deren Ordnungen aber im Laufe der Zeit gewohnheitsrechtlich eine internationalrechtliche Grundlage erhielten und dadurch der Kompetenz der einzelnen Staaten entrückt worden sind.

Wendet man nun diesen Gedankengang auf den *Bundesstaat* an, so wäre in erster Linie auch für diesen der kontraktuelle Ursprung zu konstatieren. Die zwischen den Staaten vereinbarte Ordnung oder Verfassung ist Gegenstand eines Traktats gewesen, durch den sie sich gegenseitig verbunden haben, dieselbe jeder für sein Gebiet verbindlich zu machen und aufrecht zu erhalten. Beschränkt man sich auf diese Momente, so wäre solch eine Verfassung bloss *inhaltlich* internationales Recht, und würde ihre Verbindlichkeit auf der Gewalt jedes einzelnen Staates beruhen. Dann müsste die Möglichkeit zugegeben werden, dass ein Bundesstaat auf demselben Wege, auf dem er entstanden ist, auch wieder verschwinden könnte. Aber bei dem Charakter der Unauflösbarkeit, der einem solchen Staate von Anfang an beigelegt wird, ist es viel eher anzunehmen, dass die Verfassung durch das Rechtsbewusstsein der beteiligten Völker als von vornherein im internationalen Recht begründet be-

trachtet ist, also im Zwecke der die Staaten umfassenden Gemeinschaft ihre Wurzeln hat. In dem Falle aber ist der kontraktuelle Grund hinfällig geworden und haben die Glieder des Bundesstaats die Kompetenz eingebüsst, über die Gültigkeit der Verfassung zu paktieren, d. h. den Bund aufzulösen.

Man kann den Bundesstaat auch anders betrachten und zwar als aus der Wirkung eines internationalrechtlichen, durch die Organe der einzelnen Staaten gebildeten Organs hervorgegangen. In dem Falle muss von vornherein mit der Übereinstimmung der Staaten über die Verfassung die internationalrechtliche Rechtsfolge verknüpft worden sein, dass dieselbe dem Inhalt Verbindlichkeit verschafft, wie bei der Übereinstimmung zwischen König und Parlament. So konstruiert, hat die Verfassung des Bundesstaats nicht nur eine internationalrechtliche Grundlage, sondern auch einen internationalrechtlichen Ursprung.

Welche von diesen beiden Konstruktionen am meisten für sich hat, möge dahingestellt bleiben, aber dass die Gültigkeit der Verfassung eines Bundesstaats nicht in der Gewalt jedes einzelnen Staates wurzelt, sondern im Rechtsbewusstsein der durch den Bundesstaat gebildeten Völkergemeinschaft, scheint mir unzweifelhaft, wie es meiner Ansicht nach auch nicht zu bezweifeln ist, dass das öffentliche Recht vieler andern Staatenvereine, wie Staatenbund, Postverein u. s. w. eine internationalrechtliche Grundlage hat.

Darf man nun aber bei dem Bundesstaate noch einen Schritt weiter gehen und von dieser internationalrechtlichen Person auch aussagen, dass sie ein Staat ist, folglich die einzelnen Glieder mit der Gründung des Bundesstaates des Staatscharakters verlustig geworden sind?

Bis zu einer gewissen Grenze ist diese Frage meines Erachtens eine müssige.

Wohin wir den Blick auch wenden, nirgendwo begegnet uns eine öffentlich-rechtliche Person, welche den Gemeinschaftszweck unumschränkt zu verwirklichen vermag. Bei der Gemeinde und der Provinz ist die verhältnismässig geringe Ausdehnung des Wirkungskreises für jeden deutlich. Aber hat nicht auch die vorzugsweise unter dem Namen Staat waltende Rechtsperson gleichfalls ein begrenztes Arbeitsfeld? Wird nicht, bei dem fortwährend an Umfang gewinnenden internationalen Recht auf fast jedem Gebiete der Staatstätigkeit und bei den sich von Jahr zu Jahr mehrenden Staatenvereinen zur Versorgung bestimmter Interessen, auch der Staat bei der Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes immer mehr in Fesseln gelegt? Ist es nun nicht gleichgültig, so darf man fragen, ob man eine aus den vielen Rechtspersonen „Staat" nennt oder ihr einen andern Namen gibt, wenn doch alle ihr Dasein und ihre Berechtigung aus dem Recht bekommen haben?

Es wird eben die juristische Bedeutung des Staatsbegriffs um so kleiner, je mehr das Recht als die einzige Quelle der Gewalt erfasst wird, und folglich aus dem Recht, dem positiven, geltenden Recht zu bestimmen ist, innerhalb welcher Grenzen und für welchen Teil der Menschheit die Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes dieser oder jener öffentlich-rechtlichen Person obliegt.

Hingegen ist die juristische Bestimmung des Staatsbegriffs von der allergrössten Wichtigkeit, solange man an der Lehre von der Staatssouveränität festhält, weil dann der Staat als solcher als die Quelle jeder Gewalt in der Gesellschaft angesehen wird. Dann müssen wir wissen,

welche öffentlich-rechtlichen Personen als Staat zu betrachten sind, weil nur ein Staat der Inbegriff der gesamte Macht und Gewalt ist. Dann ist mit dem Staate die Souveränität unverbrüchlich verbunden und gehört diese zu seinem Wesen.

Bei dieser Deutung des Staatsbegriffes hat man einerseits zuerst empfunden, dass die Unterordnung eines Staates unter das internationale Recht sich damit nicht verträgt, andrerseits, dass die Einordnung des Staates in Staatenvereine, mit eigner Persönlichkeit, die Souveränität als Kriterium des Staates unhaltbar macht. Darauf hat man dieses Kriterium fallen lassen und die Staaten unterschieden in souveräne (autonome) und nicht-souveräne, oder aber eine allgemeine Kategorie zu konstruieren versucht, worunter Gemeinde, Provinz, Staat, Union, Staatenbund, Bundesstaat gebracht werden können und sich mit dem Begriff „politisches Gemeinwesen" zufrieden gestellt. Damit hört aber der „Staat" auf, ein zentraler Begriff des Staatsrechts zu sein, und gerät man in eine Zersplitterung der Gewalt, der man auf keine andre Weise zu entgehen vermag, als durch die Konstruktion einer „obersten" Gewalt, ohne unterdessen die Gewalt der andern Gemeinwesen aus dieser „obersten" Gewalt herzuleiten.

Die umfangreiche Literatur, welche, nachdem man einmal gezwungen war die Souveränität als besonderes Merkmal des Staates aufzugeben, sich mit der Begriffsbestimmung des Staates befasst, zeigt, m. E., in überzeugender Weise, dass die Schwierigkeiten alle ihren Grund haben in dem Ausgangspunkte, dass der Staat ein Machtssubjekt ist und dass folglich aus dem Staate die gesamte Macht und die gesamte Gewalt, auch die des

Rechts, hergeleitet werden muss. Verlässt man diesen Ausgangspunkt und setzt man dafür ein, dass das Recht und das Recht allein, an und für sich, aus eigner Kraft die Quelle der Gewalt ist: dann verschwinden alle diese Schwierigkeiten wie mit einem Schlage. Jede öffentlichrechtliche Person hat den Gemeinschaftszweck nur insofern zu verwirklichen, als ihre Kompetenz dazu rechtlich feststeht. Das Recht ordnet Zusammensetzung, Funktionierung und Kompetenz, sorgt mithin in letzter Instanz für Zusammenhang und Einheit.

In der staatsrechtlichen Literatur ist kaum eine Doktrin so heftig bekämpft worden, wie die von der Teilung der Gewalten; so wird namentlich bei der Behandlung von WAITZ' Lehre über den Charakter des Bundesstaats betont, wie unhaltbar es ist, wenn sie in dem Bundesstaat eine Teilung der Gewalt zwischen den Staaten einerseits und dem Bundesstaat andrerseits erblickt. Diese Kritik ist durchaus am Platz, solange der Staat als das ausschliessliche Gewaltsubjekt gilt. Dann ist Einheit der Gewalt nur zu erzielen, indem man jede Gewalt zurückführt auf, oder herleitet aus einer einzigen öffentlich-rechtlichen Person, die als Quelle der Gewalt nur der Staat sein kann. Erblickt man aber nicht in dem Staat, sondern im Recht, dessen Herrschaft sich über die ganze Menschheit, wenigstens über alle Kulturvölker erstreckt, den einzigen wirklichen Gewaltstitel, dann ist die sogenannte Gewaltenteilung die natürlichste Sache von der Welt: eine einfache Kompetenzbestimmung der Gliederung der öffentlich-rechtlichen Personen. Die durch die Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes bedingte Aufgabe ist über die Organe zahlreicher grösserer und kleinerer Gemeinschaften verteilt. Die diese Verteilung enthaltende

Ordnung ist eine rechtliche. Das Recht, Wirkung des Wertes des Gemeinschaftszwecks, tritt, wie wir sahen, auch schon in der Gemeinschaft der Kulturvölker ordnend auf. Der Verwirklichung des Zweckes *dieser* Gemeinschaft sind die Zwecke der darin enthaltenen kleineren Gemeinschaften untergeordnet, namentlich wird von dem Zwecke der internationalen Gemeinschaft aus bestimmt, ob und inwiefern der Zweck der kleineren Gemeinschaft Persönlichkeit haben soll. Weil die Kulturvölkergemeinschaft selbst keine Persönlichkeit hat, ist das zwischen den Völkern geltende Recht manchmal schwankend. Sobald man aber mit Gemeinschaften zu tun bekommt, deren Zweck wohl Persönlichkeit besitzt, liegt die Rechtsordnung, welche die Persönlichkeit und die Aufgabe der kleineren Gemeinschaft reguliert, klar vor Augen und es wird niemand in der Kompetenzbestimmung z. B. einer Gemeinde oder einer Provinz eine unverständliche Teilung der Gewalt erblicken. Der Gesetzgeber bewahrt durch das Recht, das in seiner Hand liegt, die Zusammenwirkung und die Einheit.

Nicht anders verhält es sich auf internationalem Gebiete. Auch dort ist das Recht die ordnende Macht, die, wiewohl weniger unmittelbar wirkend, die Kompetenz der internationalrechtlichen Personen bestimmt und ordnet. Überall also — auch bei der grössten Differenzierung der Staatsaufgabe über öffentlich-rechtliche Personen — wird der Zusammenhang und die Einheit auf dem Wege des Rechts gewonnen. Von einer Teilung der Gewalten aber, in dem Sinne der Anhänger der Lehre von der Staatssouveränität, kann dann nicht mehr gesprochen werden, weil die Hierarchie der Zwecke aller der Gemeinschaften, innerhalb welcher das persön-

liche Leben des Menschen eingefügt ist, die tatsächliche Herrschaft der Rechtsnormen bestimmt.

Liegt die Gewalt nicht beim Staate sondern beim Recht, dann hat es nur noch untergeordnete Bedeutung, aus den verschiedenen öffentlich-rechtlichen Personen die eine, welche sich mit dem Namen „Staat" schmücken darf, herauszusuchen. Auch ohne das zu wissen, können wir aus der Rechtsordnung die Kompetenz jeder einzelnen öffentlich-rechtlichen Person ersehen. Und auf die Kompetenz kommt es schliesslich an. Auch wenn wir wissen, dass, beispielsweise, die Teile des Deutschen Reichs den Charakter von Staaten beanspruchen können, bleiben wir durchaus noch im unklaren über ihr Verhalten in auswärtigen Angelegenheiten. Erst aus der Verfassung des Bundesstaates ergibt sich, dass sie in dieser Beziehung zum grossen Teil nicht länger kompetent sind.

Ist also die Rechtsordnung für die Kompetenzbestimmung der einzelnen öffentlich-rechtlichen Personen immer der Ausgangspunkt, so kann nun allerdings je nach dem grösseren oder kleineren Umfang der ihnen rechtlich zuerkannten Kompetenz zwischen diesen Personen juristisch in ähnlicher Art unterschieden werden, wie es im Privatrecht zwischen Eigentum einerseits und den übrigen dinglichen Rechten andrerseits getan wird. Dort beruht bekanntlich die Unterscheidung auf dem Inhalt des Rechts; der Inhalt des Eigentums ist ein unbestimmtes Benutzungsrecht einer Sache, der aller andern dinglichen Rechte ein bestimmtes — mit welcher Unterscheidung u. a. zusammenhängt dass der Eigentümer den im dinglichen Rechte enthaltenen Genuss der Sache erhält, wenn ein solches Recht erlischt.

Analog kann man also auch zwischen den verschiedenen öffentlich-rechtlichen Personen unterscheiden und zwar so, dass man unter Staat die Rechtsperson versteht, welche in Beziehung zu der Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes unbestimmte Kompetenz hat gegenüber allen sonstigen Rechtspersonen, denen die Versorgung von Gemeinschaftsinteressen obliegt, die auf ein bestimmtes Feld angewiesen sind[1]. Kraft der unbestimmten Kompetenz kann der Staat sich mit allem befassen, was ihm nicht rechtlich entzogen ist, und zurück fallen an den Staat die Kompetenzen der mit der Versorgung von Gemeinschaftsinteressen beauftragten öffentlich-rechtlichen Personen, welche untergehen sollten.

Grossen praktischen Wert hat aber auch dieser juristische Staatsbegriff nicht. Je mehr Interessen von der Aufgabe des Staates losgetrennt werden, desto mehr gestaltet sich das Verhältnis zwischen dem Staat und den übrigen Rechtspersonen zu einem solchen, wie es zwischen dem Eigentümer und dem Erbpächter besteht: wie dort das Eigentum zu einem inane nomen herabgesunken ist, so scheint es auch eines solchen juristischen Staates Zukunft zu sein. Wo die Organisation der Gemeinschaft der Kulturvölker in stetigem Wachstum begriffen ist, wo die Anzahl der internationalen sich mit der Versorgung von Gemeinschaftsinteressen befassenden Rechtspersonen stets grösser wird, liegt die Vermutung nahe, dass einmal die Rechtspersonen mit unbestimmter Kompetenz, welche wir vielleicht juristisch als Staaten ansehen sollen, fast gänzlich aufhören werden zu funktionieren, oder,

---

[1] Dieser Begriff des Staates findet sich z. B. bei BRIE: Theorie der Staatenverbindungen, 1886, S. 8 ff.

falls ihnen eine einigermassen bedeutende Tätigkeit verbleibt, doch im wesentlichen nur Zwecke realisieren werden welche andre, internationale, Rechtspersonen gestellt haben. So werden wir zu der Frage gedrängt ob nicht mit dem Worte „Staat" juristisch ein Kollektiv-Begriff bezeichnet werden soll. Wenn wir vom niederländischen Staate reden, fassen wir damit die Haushaltungen von vier öffentlich-rechtlichen Personen zusammen, nämlich die Haushaltung des „Reiches" (wie die Gemeinschaft des ganzen Volkes in der Verfassung der Niederlande bezeichnet wird), der Provinzen, der Gemeinden und der Deichämter (Wassergenossenschaften). Staat in diesem Sinne ist auch das Deutsche Reich, umfassend alle öffentlich-rechtlichen Personen die, innerhalb der Grenzen des Reiches, den Gemeinschaftszweck zum Teil verwirklichen. Im Rechte ist dann die Kompetenzbestimmung dieser Personen zu finden, namentlich auch daraus zu entnehmen welchem Organe eine unbestimmte Kompetenz zukommt.

Diesen Gedankengang brauchen wir übrigens an dieser Stelle nicht fortzusetzen. Uns war es nur darum zu tun, zu zeigen, dass die sämtlichen zur Verwirklichung des Gemeinschaftszweckes tätigen Rechtspersonen ihre Grundlage und ihre Kompetenz dem Recht entlehnen. Auch hier müssen wir wiederum den Schluss ziehen, dass im Recht und nur im Recht der Ausgangspunkt für jede obrigkeitliche Gewalt zu finden ist.

31. Verhältnis des Staates zum Recht. Aus den im Vorhergehenden besprochenen Begriffen *Recht* und *Staat* haben wir jetzt noch Folgerungen für ihr Verhalten zu einander zu ziehen.

Zuallererst die wichtigste Folgerung — die Folgerung, in der, wie schon wiederholt ausgeführt wurde, die Lehre von der Rechtssouveränität gipfelt — dass nämlich die Gewalt, welche der Staat gelten lassen kann, ausschliesslich Rechtsgewalt ist. Für den Staat keine Macht und keine Gewalt unabhängig vom Recht; also ist die Vorstellung falsch, als wäre der Staat eine Machterscheinung, dazu bestimmt, entweder Recht zu schaffen oder dem Rechte Verbindlichkeit zu verschaffen oder nur dem Rechte, übrigens dem Staate gegenüber eine selbständige Macht, Hilfe zu leisten. Keine Staatsgewalt gegenüber der Rechtsgewalt, keine dualistische Gewalt also, sondern einzig und allein Rechtsgewalt, in welcher die Pflicht zum Gehorsam wurzelt.

Zweitens bringen wir aus vorigem Kapitel in Erinnerung, dass die Rechtsnorm ihren Charakter als solche dem Verhältnis entlehnt, in welchem der in der Norm enthaltene konkrete Zweck zu dem Gemeinschaftszweck steht. Dieses Verhältnis ist ein Wertverhältnis; darin liegt die Sanktion des zu verwirklichenden Zweckes; daraus folgt die Verpflichtung der Norm gemäss zu handeln.

Der Gemeinschaftszweck hat, wie ausgeführt wurde, in dem Staat Persönlichkeit erhalten. Daher kann die vom Gesetzgeber gebildete Norm als „Wille" des Staates bezeichnet werden. Denn der Ausdruck „Wille" deutet juristisch auch auf ein Wertverhältnis hin. Wir sprechen von dem Willen dieser oder jener Person, wenn der in dem Willen enthaltene Zweck seinen Verwirklichungswert der Subjektivität jener Person entlehnt. Wer den Willen bildet, d. h. wer dazu berufen ist über das Vorhandensein eines solchen Verhältnisses zu ent-

scheiden, ist gleichgültig. Von dem Staatswillen sprechen wir, wenn dem Interesse an der Realisierung des Staatszweckes, in welchem seine Subjektivität liegt, der Wert der zu realisierenden konkreten Zwecke entlehnt ist. Da nun der Rechtswert dem Gemeinschaftszweck entlehnt ist und mit diesem die Subjektivität des Staates erfüllt ist, kann das durch den Gesetzgeber produzierte Recht als Staatswille angesehen werden. Das Umgekehrte aber würde selbstverständlich falsch sein. Denn nicht jeder Staatswille ist eine Rechtsnorm. Schon aus dem einfachen Grunde, dass nicht jeder Staatswille die Bestimmung eines Rechtswerts enthält. Die Staatsaufgabe umfasst unendlich mehr als die Rechtsproduktion. Was davon ausserhalb der Rechtsproduktion liegt, ist zusammenzufassen als die Verwirklichung dessen, was oben unter dem Namen „Genussverwirklichung", als sekundärer Zweck des Staates dargestellt wurde. Bei der Vollziehung dieses Teils der Staatstätigkeit hat der Staatswille also einen andern Inhalt; nicht Rechts- sonder Genussrealisierung findet statt.

Diesen Gegensatz haben wir im Auge zu behalten für die Beantwortung der Frage, die sich uns bei der Erörterung der Lehre von der Rechtssouveränität im ersten Kapitel aufdrängte, der Frage nämlich, wie das Recht dem Staate gegenüber eine selbständige Geltung haben kann, indem doch die Bildung des Rechts in steigendem Masse von dem Staate ausgeht.

Von selbständiger Geltung des Rechts dem Staate gegenüber kann, was die Rechts*produktion* anbelangt, nur bei dem internationalen Recht die Rede sein. Die Freiheit des Staates in der Rechtsbildung ist durch das internationale Recht gehemmt. Dieses Recht schreibt, wie wir sahen,

dem Staate Pflichten vor, u.a. für die Erfüllung der Rechtsaufgabe; bei der Ordnung des Privat-, des Straf- und des Verwaltungsrechts gibt es für den Staat eine Rechtsgebundenheit. Aber innerhalb der durch jenes Recht gezogenen Schranken hat der Staat die volle Verfügung über den Rechtswert und kann folglich von einer Gebundenheit des Staates durch das von ihm selbst gebildete Recht, in diesem Sinne, dass er daran nicht rühren könne, nicht die Rede sein. Die Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Staat bezüglich der Rechtsbildung, also die Ansprüche welche der Bürger gegenüber dem Staat auf ein Tun oder Unterlassen in dieser Hinsicht besitzt, beruhen auf dem internationalen Recht.

Anders verhält es sich bei der Vollziehung jenes Teils der Staatsaufgabe, der Genussverwirklichung bezweckt. Dabei sind nicht nur die durch das internationale sondern auch die durch das nationale Recht bestimmten Grenzen innezuhalten. Über das für alle Personen geltende gemeine Recht und über das speziell für die Gemeinschaftsinteressen gebildete Recht kann der Staat nicht hinausgehen, ohne den im positiven Recht hinterlegten Rechtswert zu verletzen oder, m. a. W., ohne eine Funktion andrer Art zu verrichten, als die der Genussverwirklichung. Und ohne vorherige Abänderung des Rechtswerts kann der Staat das Gebiet der letzteren nicht überschreiten, weil er ein Befehlsrecht nur durch die Produktion von Rechtsnormen auszuüben vermag.

Ein Beruf auf eine Staatsallmacht ist unzulässig, denn über eine andre Gewalt als die des Rechts verfügt der Staat nicht. Dagegen wende man nicht ein, dass er doch im stande sei diese Gewalt zu gebrauchen und deshalb nicht gebunden; denn Möglichkeit und Wirklichkeit

decken sich nicht. Solange nicht die Funktion der Rechtsbildung in Betrieb gesetzt wird, ist der Staat so gut wie jeder einzelne dem positiven Recht unterworfen.

Nach der Lehre von der Staatssouveränität ist das nicht der Fall, weil die nämliche dem Staat von Natur eigne Gewalt, die das Recht erzeugt oder verbindlich macht, auch bei der Genussverwirklichung tätig ist, folglich auch das Recht oder dessen Verbindlichkeit zu jeder Zeit aufzuheben vermag; m. a. W. auf *jedem* Gebiete seiner Tätigkeit zeigt sich der Gewaltcharakter des Staates. Zwar wird für den Fall, dass derselbe in ein privatrechtliches Verhältnis gerät, eine Ausnahme gemacht, aber diese Ausnahme steht, wie wir früher zeigten, mit dem Ausgangspunkte der Lehre von der Staatssouveränität in Widerspruch. Nach dem Kerne dieser Lehre ist, wo immer der Staat auftritt, sein Mehrwert vorhanden. Und in diesem Gedankengang kann von einer Rechtsgebundenheit nie die Rede sein.

Nach der Lehre von der Rechtssouveränität hingegen gibt es zwischen den beiden Aufgaben des Staates, der Rechtsbildung und der Genussverwirklichung, einen prinzipiellen Unterschied. Das sogenannte Gewaltselement erscheint ausschliesslich bei der Rechtsbildung; die durch die Rechtsbildung entstehende Gebundenheit kann daher nur auf demselben Wege beseitigt werden. Bei der Erfüllung der Aufgabe der Genussverwirklichung kann nie eine andre Gewalt beansprucht werden als die, welche vom durch den Gesetzgeber gebildeten Recht hervorgeht. Die Art dieser Funktion schliesst Rechtsbildung aus und bringt also Rechtsgebundenheit mit sich.

Dieser prinzipielle Unterschied zwischen den beiden

Funktionen ist aber erst seit dem Auftreten des konstitutionellen Systems von praktischer Bedeutung geworden. Bis dahin lagen sie beide in der Hand eines und desselben Organs und war der innere Gegensatz, der zwischen Rechts- und Genussverwirklichung besteht, äusserlich noch nicht vollzogen. Die äusserliche Trennung der Funktionen nimmt einen Anfang, sowie für die Gesetzgebung ein eignes Organ zusammentritt und also die Rechtsbildung aufhört, ganz oder teilweise, in den Händen derselben Organe zu liegen, die mit der Genussverwirklichung beauftragt sind. Die Selbständigkeit der beiden prinzipiell verschiedenen Funktionen ist damit begründet und die Rechtsgebundenheit des Staates in Beziehung zu der Genussverwirklichung eine Realität. Die Theorie von dem Rechtsstaat, welche in der Lehre von der Rechtssouveränität ihren Abschluss findet, hat denn auch erst mit dem konstitutionellen System zur Ausbildung kommen können, weil ihr Bestreben, das Recht und das Recht allein zur Herrschaft zu bringen, für die Rechtsbildung ein eignes Organ bedingte, wodurch diese Funktion der andern gegenüber Selbständigkeit erhielt.

Dieses Bestreben hat in der konstitutionellen Monarchie anfänglich nur teilweise Erfolg. Mit der Einführung einer Volksvertretung war zwar die Möglichkeit gegeben, Rechtsbildung und Genussverwirklichung auch äusserlich zu trennen und also erstere an König *und* Parlament zu bringen, letztere dem König allein zu belassen, aber in den ersten Zeiten der konstitutionellen Monarchie wurden die Konsequenzen des dem Rechtsstaate zu Grunde liegenden Gedankens noch wenig erkannt und blieb die alte Anschauung der absoluten Monarchie vorherrschend.

Man erblickt noch in dem König die verkörperte Staatsgewalt; bei der Ausübung dieser königlichen Gewalt, wird dem Parlament eine Stelle eingeräumt. Daher rührt die Meinung, dass die konstitutionelle Monarchie eine beschränkte Monarchie ist. Es bleibt königliche Gewalt, auch dann, wenn das Parlament mitwirkt. Die Fälle, worin diese Mitwirkung erforderlich ist, werden bisweilen einzeln umschrieben, bisweilen im allgemeinen unter dem Ausdruck Gesetzgebung zusammengefasst[1]). Die Übertragung der gesetzgebenden Gewalt im allgemeinen auf König und Parlament wird aber keineswegs als ein Auftrag zur Rechtsbildung für alle Gebiete betrachtet. Namentlich ist nicht mit einbegriffen die Rechtsbildung für jene öffentlichen Interessen, deren Versorgung unter den Begriff der Polizeiaufgabe des Staates fiel[2]).

In zweierlei Hinsicht blieb man also in den ersten Zeiten nach der Gründung des konstitutionellen Systems in dem Gedankenkreise des *ancien régime* befangen. Erstens indem die obrigkeitliche Gewalt als eine persönliche, dem König zukommende Gewalt betracht wurde; zweitens, indem dem Könige allein das Gebiet der Polizeiaufgabe vorbehalten blieb, auf welchem er auch bis dahin die gesetzgebende Gewalt geübt hatte. Wie im vorigen mehrmals hervorgehoben wurde, hat ja das vom König ausgehende Recht sich fast ausschliesslich auf die öffentlichen Interessen beschränkt, deren Versorgung als Inhalt der Polizeiaufgabe betrachtet wurde.

---

1) H. A. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 1865, I S. 650.

2) H. A. Zachariä, l. c. II S. 285, 286, der schon diese Auffassung bestreitet.

In der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts wird — mit der grösseren Aufmerksamkeit, die dem positiven Recht gewidmet wurde und wodurch damals die Betrachtungen über „das" konstitutionelle System und über das „Wesen" der konstitutionellen Monarchie ihren Kredit verloren — der Grund der öffentlich-rechtlichen Kompetenzen nicht länger in einer dem Könige von Haus aus unabhängig vom Recht zukommenden Gewalt gesucht, sondern aus der Verfassung und dem Gesetz abgeleitet. Wahrscheinlich ist diese positive Richtung hervorgerufen durch die wachsende Macht welche die Volksvertretung in der Regierung für sich in Anspruch nahm und durch das Bedürfnis, gegenüber der historischen Gewalt des Königtums einen positiven Boden zu bekommen zur Begründung der Befugnisse des neuen Organs, das in der Volksvertretung entstanden war. Von dem Augenblicke an, wo das positive Recht und nicht länger konstitutionelle Dogmen und historische Präzedenzen den Ausgangspunkt für die Bestimmung der Rechte und Kompetenzen des Königs und des Parlaments bilden, bricht allmählich der Gedanke des Rechtsstaats mehr und mehr durch, dass nämlich das Recht die Basis jeder Gewalt ist. Die Vorstellung einer unabhängig vom Recht bestehenden königlichen Gewalt tritt in den Hintergrund, und da auch der König seine Kompetenz durch Verfassung und Gesetz zu legitimieren hat, musste sich auch die Frage erheben, ob die Polizeiaufgabe des Königs eine rechtsbildende Befugnis in sich schliesst. Der Grund zur verneinenden Beantwortung dieser Frage wird hauptsächlich durch eine schärfere Bestimmung der aus der Übertragung der *gesetzgebenden* Gewalt auf König und Parlament zu

ziehenden Konsequenzen geliefert. Mit der Erkenntnis, dass die Befugnis zur Bestimmung der Rechtsnormen damit gegeben ist, entfällt dem Könige die ihm bis dahin noch vorbehaltene gesetzgebende Gewalt für öffentliche Interessen und hört er auf, ein selbständiges Organ der Rechtsbildung zu sein. Die Trennung zwischen der Rechtsproduktion und der Aufgabe der Genussverwirklichung ist damit zum Abschluss gekommen: aber die Erkenntnis, dass es prinzipiell verschiedene Funktionen sind, fehlt noch, weil immer die Meinung fortbesteht, dass mit dem Staate eine nicht aus dem Recht abgeleitete Gewalt gegeben sei. Diese Meinung, welche den Staat betrachtet als von der Natur, als ursprünglich mit Gewalt ausgestattet, führt einerseits dazu, die Rechtsgewalt aus dieser ursprünglichen Staatsgewalt abzuleiten, andrerseits auch bei der Aufgabe der Genussverwirklichung immerfort den Staat als Obrigkeit tätig zu sehen. Überall — mit der inkonsequenten, nur historisch zu erklärenden Ausnahme für das Privatrecht — ist es die Obrigkeit welche handelt, sowohl bei der Rechtsbildung als bei der Verwaltungsaufgabe des Staates, und dadurch kann man zwar die Rechtsbildung und die Verwaltungsaufgabe als verschiedene Gebiete der Staatstätigkeit betrachten, hat aber die Tätigkeit auf beiden denselben Charakter der Gewaltübung. Ein aussichtsloses Unternehmen ist es demnach, von diesem Standpunkte aus die Rechtsgebundenheit des Staates erklären zu wollen, weil die nämliche Gewalt immer und ewig bei jeder Staatstätigkeit eine Rolle spielt.

Es hat aber, — wenn wenigstens dem Verfasser in dieser Schrift die Kritik der Lehre von der Staatssouveränität gelungen ist und er für die Annahme der Lehre

von der Rechtssouveränität an ihrer Statt genügende Gründe angeführt hat — die äusserliche Trennung der Rechtsbildung und der Verwaltungsaufgabe des Staates eine viel tiefere Bedeutung als die einer Arbeitsteilung, wie die Anhänger ersterer Lehre ihr bloss einräumen können. Sie bringt nämlich die doppelte Natur zum Ausdruck, welche dem Staate eigen ist, indem er zu gleicher Zeit — wenn ich es so nennen darf — eine Rechtsgemeinschaft und eine Interessengemeinschaft ist, die letztere aber, wie in § 29 gezeigt wurde, als Folge der ersteren [1]). Jede dieser Gemeinschaften hat ein Organ bekommen: der Gesetzgeber, Organ der ersteren; die Regierung, Organ der andern. Damit erhält die durch den Staat bei der Rechtsbildung geübte Gewalt auch gegenüber den Staatsinteressen eine Selbständigkeit, die eine Rechtsgebundenheit des Staates qua Interessengemeinschaft tatsächlich ermöglicht und also der Theorie vom Rechtsstaate eminent praktische Bedeutung verleiht. Was der vollständigen Durchführung derselben aber im Wege steht, ist ein Staatsbegriff der in dem Staat ein

---

1) Der Terminologie nach ist dieser zwiefache Charakter des Staates auch durch JELLINEK betont worden: „System der subjektiven öffentlichen Rechte", 1892, S. 223, wo er den Staat „als Subjekt der staatlichen Macht und als Verwalter des Gemeininteresses" unterscheidet. Diese Unterscheidung fusst aber auf einem andern Gedankengange als auf dem des § 29 dieser Schrift und hat eine ganz andre Bedeutung. Sie bezweckt speziell die „Selbstverpflichtung" des Staates zu beleuchten, welche „näher betrachtet eine Verpflichtung des Staates als handelnden, d. h. als rechtschaffenden und machtübenden Subjektes dem Staate als Repräsentanten des Gemeininteresses" ist. Unsere Unterscheidung hat aber mit einer Verpflichtung des eines Staats q.q. dem andern q.q. gegenüber nichts zu schaffen. Nur die Möglichkeit von Verpflichtungen und Rechten des Staates andern Personen gegenüber macht sie annehmbar. Über JELLINEKS „Selbstverpflichtung" siehe S. 10 N. 2 dieser Schrift.

Gewaltsubjekt erblickt, ohne Rücksicht auf das Recht. Als ursprüngliche Gewaltserscheinung bildet der Staat neben und gegenüber der Rechtsgewalt noch ein andres Imperium und es herrscht folglich eine dualistische Gewalt. Genährt wird diese Vorstellung von einer nicht aus dem Recht entsprossenen sondern dem Staate von Haus aus zukommenden Gewalt, durch das persönliche Imperium, welches Kaiser oder König gelten lassen können und welches auch in der Lehre von der Staatssouveränität unentbehrlich ist, weil sie einen Träger der Staatsgewalt postuliert.

Dieser Dualismus bildet in den meisten besonders aber in den Deutschen Ländern, wo die Gesellschaft noch in mancher Beziehung unter dem Banne des alten historischen Königtums steht, die Grundlage des Staatsrechts, ein Dualismus der in Wirklichkeit ein Gegensatz und ein Widerspruch zwischen der traditionellen persönlichen Gewalt und der sich mit dem Rechtsstaat bahnbrechenden Gewalt des Rechts ist. Dieser Gegensatz und dieser Widerspruch, in der vorliegenden Schrift näher dargelegt, müssen in der Theorie und in der Praxis aufgehoben werden; und sie können nur aufgehoben werden, wenn kein andrer Souverän als Obrigkeit anerkannt wird als das Recht, wenn also der unpersönlichen Gewalt die ausschliessliche Herrschaft gesichert ist.











